

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.355 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, a controvérsia posta em debate nesta ação direta de inconstitucionalidade cinge-se à constitucionalidade do artigo 69 da Lei 11.440/2006, que institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro - SEB, *in verbis*:

*“Art. 69. Não haverá, nas unidades administrativas do Ministério das Relações Exteriores no exterior, o exercício provisório de que trata o § 2º do art. 84 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.”*

O exercício provisório de que trata o dispositivo é conferido na licença concedida à servidora ou ao servidor públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em razão de deslocamento de seu cônjuge para localidade distinta, na hipótese em que ambos são servidores públicos e desde que respeitada a compatibilidade da atividade com o cargo exercido. Confirma-se a redação do Estatuto dos Servidores a que remete a lei impugnada, *in verbis*:

*Art. 84.*

*§2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.*

Cuida-se, então, de analisar se a regra legal que impede o exercício

## ADI 5355 / DF

provisório em relação aos cônjuges e companheiros de agentes do Serviço Exterior Brasileiro, que foram deslocados para postos e repartições do Ministério das Relações Exteriores (MRE) em território estrangeiro, viola os artigos 1º, IV; 5º, *caput*; 6º; e 226, *caput*, da Constituição da República.

Antecipo, desde logo, que possui razão a requerente da presente ação. A inconstitucionalidade da norma que excepciona as unidades administrativas do Itamaraty no exterior do exercício provisório previsto no Estatuto dos Servidores se baseia em três fundamentos relevantes: (i) a isonomia entre servidores públicos federais e servidores do Serviço Exterior Brasileiro resta assegurada pela ressalva final do artigo 84, §2º, da Lei 8.112/90, que adota como critério de discriminação apenas a peculiaridade inerente aos cargos; (ii) a efetividade da proteção constitucional à família impede interpretações que estrinjam a convivência familiar ou corroborem opressões de gênero; e (iii) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa indicam que a dignidade auferida pela realização profissional e pela contribuição ao serviço público não se esgota na correspondente retribuição pecuniária.

São essas as razões que passo a aduzir.

### **I. A COMPATIBILIDADE ENTRE A ATIVIDADE EXERCIDA E O CARGO OCUPADO COMO RAZÃO SUFICIENTE DE DISCRÍMEN: VIOLAÇÃO DO ART. 69 DA LEI Nº 11.440/2006 À ISONOMIA**

Visando a preservação da estrutura familiar, diante de transferências de domicílio motivadas pelo interesse do serviço público, o legislador federal estabeleceu, no regime jurídico dos servidores públicos civis da União, mecanismos específicos de deslocamento para acompanhamento de cônjuge. Confira-se a disciplina dos artigos 36, parágrafo único, III, *a*, e 84 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com alterações da Lei 9.527,

## ADI 5355 / DF

de 10 de dezembro de 1997:

*Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*

*Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:*

*[...]*

*III – a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:*

*a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;*

*[...].*

*Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.*

*§ 1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.*

*§ 2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.*

Assim, no caso de deslocamento de cônjuge ou companheiro também servidor público civil ou militar de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a legislação faculta aos servidores três alternativas: (i) a remoção a pedido para outra unidade do órgão a que esteja vinculado, independentemente do interesse da administração (artigo 36, III, *a*); (ii) a licença do cargo efetivo, por prazo indeterminado e sem remuneração (artigo 84, §1º); e (iii) o exercício provisório em outro órgão ou entidade da administração federal

## ADI 5355 / DF

direta, autárquica ou fundacional, em atividade compatível com o cargo ocupado (artigo 84, §2º).

A remoção, seja de ofício, seja a pedido, consiste no ato administrativo que acarreta o deslocamento do servidor dentro do mesmo quadro. Quanto à remoção para acompanhamento de cônjuge, o Plenário desta Corte entendeu que constitui direito do servidor, independentemente da existência de vagas. Confira-se:

*“MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE OFÍCIO PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE VAGAS. ART. 36 DA LEI 8.112/90. DESNECESSIDADE DE O CÔNJUGE DO SERVIDOR SER TAMBÉM REGIDO PELA LEI 8112/90. ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO À FAMÍLIA (ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. Em mandado de segurança, a União, mais do que litisconsorte, é de ser considerada parte, podendo, por isso, não apenas nela intervir para esclarecer questões de fato e de direito, como também juntar documentos, apresentar memoriais e, ainda, recorrer (parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/97). Rejeição da preliminar de inclusão da União como litisconsorte passivo. 2. Havendo a transferência, de ofício, do cônjuge da impetrante, empregado da Caixa Econômica Federal, para a cidade de Fortaleza/CE, tem ela, servidora ocupante de cargo no Tribunal de Contas da União, direito líquido e certo de também ser removida, independentemente da existência de vagas. Precedente: MS 21.893/DF. 3. A alínea “a” do inciso III do parágrafo único do art. 36 da Lei 8.112/90 não exige que o cônjuge do servidor seja também regido pelo Estatuto dos servidores públicos federais. A expressão legal “servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” não é outra senão a que se lê na cabeça do art. 37 da Constituição Federal para alcançar, justamente, todo e qualquer servidor da Administração Pública, tanto a Administração Direta quanto a Indireta. 4. O entendimento ora perfilhado descansa no regaço do art. 226 da Constituição Federal, que, sobre fazer da família a base de toda a sociedade, a ela garante ‘especial proteção do Estado’.*

## ADI 5355 / DF

*Outra especial proteção à família não se poderia esperar senão aquela que garantisse à impetrante o direito de acompanhar seu cônjuge, e, assim, manter a integridade dos laços familiares que os prendem. 5. Segurança concedida.” (MS 23058, Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2008, DJe 14/11/2008)*

Ainda que não se exija vaga, a remoção de ofício se condiciona à existência, na localidade de destino, de unidade específica do órgão ao qual pertença o servidor. O **exercício provisório**, por sua vez, pode dar-se em qualquer órgão ou entidade da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, desde que possível o desempenho de atribuições compatíveis com o cargo efetivo do servidor requerente e haja transitoriedade no deslocamento.

No exercício provisório para acompanhamento de cônjuge, o servidor continua vinculado ao órgão de origem, especificamente na vaga para a qual foi aprovado em concurso público. É apenas o *exercício* de suas atribuições que se desloca para o órgão de destino. Assim, nem a remoção, nem o exercício provisório configuram forma de provimento. Ao não ocasionarem mudança definitiva para cargo pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder, distinguem-se da transferência, modalidade de provimento derivado declarada inconstitucional por esta Corte, por meio das ADI 231 e ADI 837, e revogada pela Lei 9.527/97.

O extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, hoje Ministério da Economia, ao disciplinar regras e procedimentos a serem adotados para a efetivação do exercício provisório, por meio da Orientação Normativa 5, de 11 de julho de 2012, estabeleceu como requisitos para a concessão do benefício o deslocamento do cônjuge do servidor, a transitoriedade da situação que deu causa ao deslocamento do cônjuge e o exercício de atividades compatíveis com o cargo.

Há relevante dissenso sobre a natureza discricionária do exercício

## ADI 5355 / DF

provisório, sobretudo quando não há, na localidade de transferência, órgão ao qual o servidor está vinculado, inviabilizando a remoção. O Superior Tribunal de Justiça tem considerado que tanto a remoção para acompanhamento de cônjuge quanto o exercício provisório configuram direito subjetivo dos servidores públicos, alheio, portanto, à discricionariedade administrativa. Preenchidos os requisitos estabelecidos, o servidor faz jus à transferência, sob o fundamento de que estão diretamente ligados à proteção constitucional da família e à manutenção dos vínculos dela decorrentes, valores expressamente consagrados no texto constitucional.

A respeito da precedência da tutela da família sobre o interesse da Administração Pública na observância de normas legais de lotação funcional, convém notar o quanto decidido pelo Plenário desta Corte no Mandado de Segurança 21.893, *in verbis*:

*“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO. ACOMPANHAMENTO DE CONJUGE OU COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE VAGAS. INDEFERIMENTO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. Diante da impossibilidade de serem conciliados, como se tem na espécie, os interesses da Administração Pública, quanto a observância da lotação atribuída em lei para seus órgãos, com os da manutenção da unidade da família, e possível, com base no art. 36 da Lei n. 8.112/90, a remoção do servidor-impetrante para o órgão sediado na localidade onde já se encontra lotada a sua companheira, independentemente da existência de vagas. Mandado de segurança deferido.” (MS 21893, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ 2/12/1994)*

É bem verdade que nem mesmo a proteção constitucional à família traduz-se em direito absoluto, podendo ceder em um juízo de ponderação com outros interesses de mesma envergadura. Nesse sentido, o legislador, na parte final do artigo 84, §2º, da Lei 8.112/90, expressamente estabeleceu como condição a **compatibilidade entre o**

**exercício da atividade e o cargo ocupado pelo servidor** (“desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo”).

Assim, **na medida do que seja possível compatibilizar os interesses da Administração Pública com a proteção constitucional da família**, deve esta ser preservada, cabendo ao Ministério das Relações Exteriores densificar as hipóteses de incompatibilidade, a fim de regulamentar as situações nas quais servidores públicos poderiam ser aproveitados em postos nos quais trabalhasse seu cônjuge ou companheiro.

Nada obstante a importância desses mecanismos, o dispositivo ora impugnado, ao excepcionar a incidência do artigo 84, § 2º, da Lei 8.112/1990 nas unidades administrativas do Ministério das Relações Exteriores localizadas no exterior, impediu que cônjuges e companheiros de agentes do SEB tivessem exercício provisório em postos e repartições do MRE no exterior, no caso de deslocamento para aquelas unidades.

*“Art. 69. Não haverá, nas unidades administrativas do Ministério das Relações Exteriores no exterior, o exercício provisório de que trata o § 2º do art. 84 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.”*

Considerando a escassez de órgãos da administração pública federal no exterior afora o Itamaraty, resta aos servidores cônjuges de servidores do SEB a licença sem remuneração de que trata o artigo 84, §1º, da Lei 8.112/90. O teletrabalho no exterior para acompanhamento de cônjuge, concedido individualmente por alguns órgãos, ainda é excepcional. Sem que lhe seja oportunizado o exercício provisório, o servidor público, concursado e estável, que deseje acompanhar seu cônjuge diplomático, terá de pedir licença sem remuneração, nos termos do artigo 84, §1º, da Lei 8.112/90, com todas as renúncias decorrentes dessa decisão.

Não se pode desconsiderar as especificidades do Serviço Exterior Brasileiro. Composto por carreiras próprias do Ministério das Relações

## ADI 5355 / DF

Exteriores - diplomata, oficial de chancelaria e assistente de chancelaria -, o Serviço Exterior Brasileiro desempenha, no Brasil e no exterior, atividades cuja complexidade e sensibilidade justificam a submissão a um regime jurídico estatutário especial e, apenas subsidiariamente, ao regime jurídico dos demais servidores públicos civis.

Os integrantes desse corpo de servidores essenciais à execução da política exterior podem ser lotados em Brasília ou nos postos em países com os quais o Brasil mantenha relações diplomáticas. Para tanto, há uma preparação específica desde o ingresso no órgão, por meio de concurso público em que se exige qualidades e competências peculiares, como fluência em idiomas estrangeiros, passando por constante capacitação de determinados conteúdos, o que inclui a conscientização de elementos ligados à interculturalidade. São essas as peculiaridades do cargos que podem, eventualmente e à luz da ressalva expressa na parte final do artigo 84, §2º, da Lei 8.112/90, impedir o exercício provisório no caso concreto.

Para além da ressalva legal, no entanto, a proibição do exercício provisório em unidades do MRE no exterior não guarda relação com particularidades das funções desempenhadas, sendo injustificável o tratamento anti-isonômico conferido pela norma.

Há diversos escritórios de representação do Itamaraty no Brasil, em cujas unidades também são lotados agentes do serviço exterior, mas que não se submetem à mesma restrição do artigo 69 da Lei 11.440/06. Sendo presumidamente viável o exercício provisório de servidores públicos federais em tais escritórios, verifica-se que não há peculiaridade apriorística inerente ao Serviço Exterior Brasileiro que impeça as atribuições desempenhadas pelos servidores do MRE.

**É evidente que não se pode designar o servidor público transferido para acompanhar o cônjuge do corpo diplomático para a execução de**

**política exterior do Brasil.** No entanto, para evitar uma interpretação extremada que alcance as atividades de natureza diplomática e consular, como representação, negociação, informação e proteção de interesses brasileiros, a ressalva legal parece suficiente.

Ocorre que os integrantes do SEB exercem outras atividades, como aquelas tarefas de apoio técnico ou atos de gestão administrativa, que, ainda quando não sejam de menor sensibilidade e complexidade, atenuam o liame de representação diplomática das atividades do Itamaraty no exterior. Essas são as funções que, a princípio, também poderiam ser desempenhadas por servidores de outras carreiras do serviço público, com maior eficiência para a Administração Pública, que aproveitaria seu próprio quadro de servidores de nível médio ou superior.

A Portaria Interministerial nº 5, de 18 de agosto de 1995, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, dispõe sobre as atribuições do assistente de chancelaria e do oficial de chancelaria, detalhando que aos assistentes cabem, por exemplo, tarefas de secretariado, de datilografia, de tradução e, sob supervisão, algumas tarefas típicas da atividade consular; enquanto aos oficiais cabem tarefas relacionadas a pesquisas técnicas sobre administração geral e específica dos serviços diplomático, a escrituração e o recolhimento de renda consular e a emissão de documentos de viagem, concessão de vistos, despacho de navios, prática de atos notariais, legalização de documentos e assistência a brasileiros no exterior. A norma sintetiza as atribuições nos seguintes termos:

*“ASSISTENTE DE CHANCELARIA Atividades de nível médio envolvendo planejamento, supervisão, orientação, controle e execução de rotinas de apoio administrativo, em grau médio de complexidade, às tarefas de natureza diplomática e consular na Secretaria de Estado das Relações Exteriores e nos postos no exterior; atividades de administração pública específicas da Secretaria de*

*Estado das Relações Exteriores e execução de serviços peculiares às Missões diplomáticas e Repartições consulares.*

(...)

OFICIAL DE CHANCELARIA

*Atividades de nível superior envolvendo planejamento, supervisão, orientação, controle e execução de tarefas técnicas e administrativas, em grau de significativa complexidade, em apoio às atividades de natureza diplomática e consular na Secretaria de Estado das Relações Exteriores e nos postos no exterior. Atividade de administração pública específicas da Secretaria de Estado das Relações Exteriores; Execução de serviços peculiares às Missões diplomáticas e Repartições consulares.*

(...)"

A possibilidade de que cargos de Chefias de Posto e de Vice-Cônsules sejam alcançados por qualquer membro da carreira do MRE, consoante informações trazidas pelo sindicato admitido como *amicus curiae*, não impõe óbice ao exercício provisório. A eventual promoção à chefia, necessariamente meritória, observa diversos requisitos considerados institucionalmente relevantes. Presume-se, portanto, que os envolvidos sejam capazes de avaliar adequadamente a experiência e formação dos candidatos.

Some-se, ainda, que, a par das carreiras que compõem o SEB, há, nas unidades administrativas do Ministério das Relações Exteriores no exterior, a função de *auxiliar local*, cujas atividades em geral são exercidas por equipe de apoio contratada no exterior, segundo as leis locais e sem concurso público.

O regime de contratação de auxiliares locais pelo Ministério das Relações Exteriores está disposto no Decreto 1.570/2015, que lista dentre as atividades a serem exercidas a prestação de serviços gerais; atividades de natureza administrativa; tarefas técnicas ou que requeram especialização nas áreas de comércio exterior, de cooperação científica,

## ADI 5355 / DF

técnica e tecnológica, divulgação cultural, assuntos econômicos, assuntos administrativos; e o ensino da Língua Portuguesa e da Literatura Brasileira.

O regulamento prevê a realização de um processo seletivo que avalie tanto as disciplinas inerentes a essas atribuições, como o domínio do idioma local ou de uso corrente no país. Esses requisitos fixados para o cargo podem servir de parâmetro da compatibilidade exigível para o exercício provisório na função de auxiliar local. Interpretação diversa impediria de antemão, por exemplo, que, diante de uma vaga aberta, a esposa de um embaixador, mesmo sendo professora de língua portuguesa de uma universidade federal, exercesse a atribuição de ensino de língua portuguesa na unidade administrativa no exterior em que lotado seu cônjuge, pelo simples fato de ser servidora pública.

A respeito da constitucionalidade do vínculo trabalhista dos auxiliares locais contratados antes da Constituição de 1988, iniciou-se o julgamento do Recurso Extraordinário 652.229, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com o tema 481 - “Direito de brasileiro contratado no exterior como “auxiliar local”, antes da Constituição Federal de 1988, ao regime jurídico estabelecido pela Lei 8.112/90”, ainda inconcluso.

A existência de auxiliares locais nas unidades administrativas do Itamaraty no exterior afasta também a alegação de que o tratamento de informações sigilosas e temas sensíveis impediria o exercício provisório. Todos os agentes públicos se submetem às regras de classificação de sigilo e as normas de proteção de informações, sejam auxiliares locais, sejam servidores em exercício provisório na sede do Ministério em Brasília, sejam aqueles em exercício provisório nos escritórios regionais. Segundo aponta a associação admitida como *amicus curiae*, diversos órgãos do Itamaraty são integrados por servidores vinculados a outros Ministérios e chefiados por diplomatas, como o Departamento de Informação (DINFOR), a Coordenação de Orçamento e Finanças (COF) e a Secretaria

de Controle Interno (CISSET), sem que isso implique risco para as informações sensíveis.

Verifica-se, assim, que, afora o critério de desigualação já contido na norma impugnada, não há qualquer razão para se discriminar, dentre os servidores públicos federais que sejam cônjuges e companheiros de outros servidores públicos federais, aqueles cujos respectivos pares são agentes do SEB lotados nas unidades administrativas do Ministério das Relações Exteriores no exterior.

Justamente a suficiência da exigência de compatibilidade entre atividade a ser exercida provisoriamente e o cargo ocupado, prevista na regra geral, demonstra a violação à isonomia na norma impugnada. Nas lições sempre precisas de Celso Antonio Bandeira de Mello, “as discriminações são recebidas como *compatíveis com a clausula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p.17)

**II. A VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO PROVISÓRIO DO CÔNJUGE NO EXTERIOR  
INVIABILIZA O CONVÍVIO FAMILIAR E PERPETUA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA:  
A VIOLAÇÃO DO ART. 69 DA LEI Nº 11.440/2006 À PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À  
IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES REFERENTES À SOCIEDADE CONJUGAL**

A Constituição da República de 1988 reconheceu a família como base da sociedade. Mais especificamente, assegurou o direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), garantiu especial proteção no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo

## ADI 5355 / DF

203, I) e se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º).

Ao se elevar a *status* constitucional o dever de o Estado amparar as relações familiares de modo amplo e efetivo, à família passou a se atribuir especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB). Por essa razão, o **Estado não pode impor escolhas trágicas a quem pretende constituir família**. Disso decorre tanto o dever de intervir nas relações públicas, quando o obstáculo é constituído diretamente pelo Estado empregador, quanto o de horizontalizar os direitos fundamentais, nas relações de trabalho.

A proteção à família exorbita os benefícios auferidos na relação afetiva do casal. O caráter social se exemplifica com a especial importância da instituição familiar na primeira infância e os reflexos de desenvolvimento subsequentes. Como sintetiza com muita sensibilidade o Ministro Edson Fachin, em sede doutrinária, *“é uma arena na qual tudo está sempre para ser dito, o que reconstrói, no presente, os limites do passado sob as vestes da modernidade, e projeta para o futuro as interrogações próprias do destino que se quer ver prometido”* (FACHIN, Luiz Edson. Família, direitos e uma nova cidadania. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Cidadania*. 2002. p. 15).

A licença para acompanhamento do cônjuge, com ou sem exercício provisório, configura instituto que instrumentaliza essa proteção constitucional, resultado da ponderação perpetrada pelo legislador entre os valores da família e o interesse da Administração Pública. A *ratio* que legitima o instituto, portanto, é a importância do convívio familiar para a dignidade do servidor e dos demais familiares, o que somente poderia ser restringido por um valor de mesma envergadura.

No deslocamento do agente do SEB para missão oficial em embaixadas, consulados ou adidâncias, a consecução do interesse público

## ADI 5355 / DF

e soberano também se faz presente, assim como o interesse do servidor e de sua família. No entanto, ao vedar aos servidores públicos o exercício provisório nas unidades do MRE no exterior em que lotados os seus cônjuges, o dispositivo acaba por criar obstáculo muitas vezes invencível à preservação do núcleo familiar.

Os elevados custos inerentes à mudança e à subsistência em outro país, a despeito das verbas indenizatórias que os agentes do SEB recebem, impõem aos cônjuges e companheiros de integrantes do corpo diplomático a **escolha trágica** entre, de um lado, lidar com o decréscimo patrimonial decorrente da perda integral da remuneração por licença do cargo ou, de outro, sacrificar o convívio conjugal em prol da contribuição para sustento da família.

A igualdade nas relações familiares se expressa no artigo 226, §5º, da Constituição, segundo o qual “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, e nas iniciativas legislativas que visam a densificar a previsão constitucional. Esse preceito constitucional rompe com a estrutura familiar que por muitos anos viabilizou relações de submissão e dependência, modelo que o dispositivo *sub examine* retoma, ao subtrair de um dos cônjuges a possibilidade de coparticipação nas obrigações financeiras do lar.

É sabido que a questão de quem auferir renda na família, ou como essa renda é compartilhada, relaciona-se de forma bastante direta com a distribuição de poder e influência no seio familiar, incluindo decisões sobre como gastar essa renda (OKIN, Susan Moller. *Justice, Gender and the Family*. Basic Books: Nova Iorque, 1989. p. 135).

Os maridos e as esposas de diplomatas (*diplomatic partners*) experimentam as mesmas privações sociais no exterior e, por essa razão, este julgamento se lhes aproveita tal e qual. Ambos vivenciam a realidade frequente de renúncia a projetos pessoais, prejuízo profissional,

## ADI 5355 / DF

econômico e previdenciário, frustrações, doenças físicas e psíquicas, conflitos familiares, absenteísmo e impactos negativos na qualidade de vida e no trabalho do pessoal diplomático.

A dificuldade óbvia de conseguirem a mesma mobilidade profissional no espaço que o parceiro faz com que cônjuges e companheiros se vejam compelidos a abandonar ou a prejudicar fortemente a própria carreira e aspirações profissionais, quando optem por acompanhar seus respectivos parceiros. Ainda aqueles que decidam manter-se em suas carreiras públicas sofrem as consequências do afastamento familiar, intensificado pelo fato de que o distanciamento físico que o deslocamento ao exterior provoca pode se estender por longos períodos.

Esse ônus recai sobre cônjuges e companheiros, assim como sobre os próprios diplomatas e demais membros da família – mas não o faz de forma igual.

As *diplomatic wives*, como são conhecidas as esposas dos diplomatas, com frequência acompanham seus maridos ao redor do mundo, sem outra ocupação senão a de cuidar do lar e de eventuais filhos. Para que a escolha desse papel social se traduza em exercício de liberdade, é necessário superar a **dualidade da construção social**, segundo a qual desejos, preferências, ações e escolhas são tão socialmente construídos quanto as condições externas que os restringem ou viabilizam. A expressão de Nancy Hirschmann destaca “o sexismo frequente da teoria da liberdade, precisamente porque essas experiências frequentemente se encontram na encruzilhada entre a ideologia iluminista de agência e escolha e as práticas modernas de sexismo” (HIRSCHMANN, Nancy J. *The subject of liberty: Toward a feminist theory of freedom*. Princeton University Press, 2009. p. 48-49).

Outra faceta sexista dessa liberdade de abdicar da carreira em prol

da união da família se verifica **sob a perspectiva do agente do SEB**. A proteção constitucional à família abrange os interesses e necessidades de cada um dos integrantes do núcleo familiar, o que se estende aos agentes de carreira diplomática, que se vêm privados do convívio de seus parceiros e filhos quando estes optam por manter seus cargos no Brasil.

**A carreira diplomática ainda é desproporcionalmente masculina.** Segundo dados oficiais do Ministério das Relações Exteriores, em 2019, 366 mulheres integram o quadro de diplomatas do Itamaraty, composto de 1576 servidores (23% do total). Longe de retratar uma especial predileção dos homens por essa atividade, a estatística reflete uma triste consequência da discriminação indireta, que perpetua a desigualdade social na distribuição dos papéis sociais entre homens e mulheres.

É preciso reconhecer que a sociedade ainda resiste à abstenção dos homens de sua posição social e econômica para acompanhar a esposa, o que faz com que **recaia sobre as mulheres que aspiram à carreira diplomática uma cruel escolha** entre a família e a realização profissional. Ao se considerar o tempo médio para graduação em nível superior, preparação para o concurso e subseqüente cursos de aperfeiçoamento par ascensão na carreira, torna-se ainda mais evidente a injustiça que recai sobre a mulher.

Sobre o tema são valiosas as contribuições da filósofa política Susan Moller Okin, professora da Universidade de Stanford, que alerta para a questão de como essa desigualdade se coloca na escolha profissional, mesmo antes do relacionamento, o que perpetua a relação de desigualdade, *in verbis*:

*“Mas os meninos não experimentam o dilema sobre o trabalho e a família que as meninas fazem ao enfrentar as escolhas cruciais para sua educação, futuro, vida profissional e oportunidades e segurança econômica. Quando as mulheres encaram um futuro fortemente influenciado pelas demandas sobre elas como esposas e,*

*principalmente, como mães, é provável que embarquem em campos tradicionalmente femininos de estudo e / ou caminhos ocupacionais.*

(...)

*Mas, se essas mulheres entram no trabalho administrativo, de vendas ou de serviço, ou treinam para uma das profissões predominantemente femininas, como ensino ou enfermagem, elas estão indo não apenas para as horas relativamente mais flexíveis ou para uma maior substituíbilidade que a maioria desses empregos oferece, mas também para salários baixos, despeje a condição de trabalho e, acima de tudo, bloqueie a mobilidade". (OKIN, Susan Moller. *Justice, Gender and the Family*. Basic Books: Nova Iorque, 1989. p. 144)*

A discriminação indireta ou, mais especificamente, a *disparate impact doctrine* desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, principalmente a partir do caso *Griggs v. Duke Power Co.*, considera irrelevante a existência ou não de um propósito discriminatório na norma, bastando para sua caracterização o impacto desproporcional que exerce sobre determinado grupo já estigmatizado e, portanto, seu efeito de acirramento de práticas discriminatórias.

Nos precedentes da Suprema Corte, a demonstração de necessidade do negócio (*business necessity*) pode mitigar o caráter discriminatório da norma - o que não se verifica no presente caso, diante da suficiência da compatibilidade exigida na regra geral. Ainda assim, "a teoria do impacto desproporcional, aplicada às relações de trabalho ainda permite ao autor indicar que haveria outra medida igualmente adequada ao atingimento dos fins buscados pela prática discriminatória e que, em contrapartida, geraria nenhum ou menos impacto sobre grupos vulneráveis" (CORBO, Wallace. *Discriminação Indireta*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 123).

É sabido que o princípio da igualdade não se exaure na abstenção de discriminar. Quando o preconceito é insidioso, o dever de promover a igualdade material demanda interpretações ativas que rompam com o paradigma vigente. Por essa razão, a alegação de que "os direitos e os

## **ADI 5355 / DF**

*benefícios previstos na legislação do Serviço Exterior estendem-se a todos os servidores indistintamente, independentemente do gênero (...) na constante busca do Estado Brasileiro em garantir isonomia e igualdade de gêneros na Administração Pública”,* exposta pela Consultora da União em seu parecer, oculta uma face cruel da discriminação que, sob as vestes de igualdade formal, perpetua uma injustiça.

Verifica-se, assim, que, ao impedir o exercício provisório do servidor na licença para acompanhamento de cônjuges no exterior, o dispositivo *sub examine* atenta contra a proteção constitucional à família e hostiliza a participação feminina em cargos diplomáticos, ao lhe impor um custo social que ainda não recai sobre os homens em idêntica situação.

### **III. O EXERCÍCIO PROVISÓRIO COMO INSTRUMENTO PARA A REALIZAÇÃO PROFISSIONAL E A CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO: A VIOLAÇÃO DO ART. 69 DA LEI Nº 11.440/2006 AOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E À EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O direito social ao trabalho, consagrado na Constituição Federal em seus artigos 1º, IV, 6º, 7º, XX, e 170, constitui, a um só tempo, elemento fundamental da identidade e dignidade humanas, ao permitir a realização pessoal plena do sujeito como indivíduo e o pertencimento a um grupo; caráter instrumental, ao viabilizar, pela retribuição pecuniária, o gozo de outros direitos básicos; e natureza pública de integração socioeconômica, ao atribuir ao trabalhador um papel ativo no desenvolvimento nacional.

A inserção do direito social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, juntamente com o valor social da livre iniciativa, no artigo 1º, IV, da Constituição, revela-o como princípio

## ADI 5355 / DF

político constitucionalmente conformador, ao explicitar ao legislador e aos intérpretes as valorações políticas fundamentais da Constituição (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 240).

A valorização do trabalho humano pelo texto constitucional vai muito além da correspondente retribuição pecuniária, aspecto sabidamente essencial dessa dignificação. Por essa razão, os benefícios pagos aos agentes do SEB, com vistas a mitigar os prejuízos financeiros decorrentes da impossibilidade de trabalho do cônjuge no exterior ou de do afastamento do agente de sua família, não têm o condão de neutralizar a ofensa ao princípio do valor social do trabalho.

A inserção de imigrantes e expatriados no mercado de trabalho já é naturalmente muito difícil em razão das diferenças linguísticas e culturais. Recentemente, com a crise migratória e econômica na Europa e em outros continentes, o discurso xenófobo tem ganhado novos adeptos.

No caso de dependentes dos integrantes do corpo diplomático, o exercício de atividade remunerada em países estrangeiros somente é autorizado mediante **celebração de acordo bilateral** entre esses países e o Brasil, o que ainda se concentra a alguns poucos países. Dentre os mais de 140 países com os quais o Brasil mantém postos diplomáticas, aproximadamente cinquenta são os que atualmente possuem acordos vigentes sobre a atividade remunerada de dependentes de integrantes do corpo diplomático brasileiro, consoante as informações previstas no Sistema de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores - Concórdia.

Somam-se, ainda, a necessidade de autorização prévia e específica da Administração Pública para o exercício da função pleiteada, mesmo estando o servidor licenciado, em razão do disposto na Lei do Conflito de Interesses (Lei 12.813/2013); e as dificuldades burocráticas para a

## ADI 5355 / DF

revalidação do diploma exigível para o exercício de algumas profissões, como engenharia, arquitetura, medicina, advocacia, que pode exceder a estadia limitada a cinco anos, que por si só pode constituir um óbice à inserção no mercado de trabalho local.

Assim, ainda que se trate de servidores públicos, aprovados em concorridos concursos públicos e com experiência de trabalho, o exercício de qualquer atividade profissional por cônjuges e companheiros de agentes do serviço exterior torna-se bastante difícil.

A possibilidade de aproveitamento dos cônjuges e companheiros de servidores do MRE não atende apenas ao interesse pessoal destes, mas promove também vantagens para o serviço público, aumentando a **eficiência administrativa**. Isso porque torna ambas as carreiras mais atrativas, tanto a diplomática quanto o serviço público, o que pode resultar em mais e melhores candidatos disputando as já concorridas vagas.

No caso dos servidores cônjuges de diplomatas, a medida gera menor quantidade de exonerações por motivos familiares e, indiretamente, melhor desempenho dos servidores motivados por satisfação geral proporcionadas pela proximidade da família. Isso porque, diferentemente da licença sem remuneração, o exercício provisório ainda permite a progressão funcional do servidor e a contagem de tempo de serviço para o servidor e conseqüentemente a aposentadoria.

No caso dos diplomatas, a medida pode resultar em menor número de rejeição de postos externos; maior interesse na lotação em postos menos atraentes; menor frequência de ausências e licenças de servidores por motivos familiares; e, sobretudo, maior inserção da mulheres nesse setor.

Há possíveis retornos positivos na medida também quanto à

## ADI 5355 / DF

**efetividade da atividade diplomática**, vez que a presença de mulheres em negociações de paz aumenta em 20% a probabilidade de acordos de paz durarem pelo menos dois anos, e em 35% a probabilidade de que durem mais de 15 anos. É o que revelam dados estatísticos, como aqueles constantes do Estudo Global de 2015, segundo veicula o canal oficial do Ministério das Relações Exteriores. O aumento da participação de mulheres diplomatas em processos relacionados à paz e à segurança internacional corresponde a um dos objetivos do Plano Nacional de Ação do Brasil.

*Ex positis*, CONHEÇO a presente ação direta de inconstitucionalidade e julgo **PROCEDENTE** o pedido formulado para declarar a **inconstitucionalidade do artigo 69 da Lei 11.440/2006**.

É como voto.