15
Justiça Federal
000056
1ª Instância/RS

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

PROCESSOS Nºs 1 e 2

SENTENÇA

.1. Ação Ordinária nº 2

XXXXXXXXXXXXXXXX e YYYYYYYYYYYYYYYYYYY ajuizaram a presente ação ordinária (Processo nº 96.0002030-2) contra a Caixa Econômica Federal - CEF e a Fundação dos Economiários Federais - Funcef, requerendo, cumulativamente, (1) a declaração da existência de união estável entre si, e (2) a condenação das rés à admissão do segundo autor como beneficiário do Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS e como partícipe da Funcef.

Historiaram viver há sete anos forte relacionamento amoroso, dividindo casa, cama, despesas, alegrias e tristezas, à semelhança das relações heterossexuais concubinárias.

Relataram sua contaminação pelo vírus HIV (razão pela qual o primeiro litisconsorte obteve aposentadoria e o segundo hoje a pleiteia), circunstância que fez XXXXXXXXXXXXXXXX pleitear, junto à CEF (de quem fora empregado antes de inativar-se), a inclusão de YYYYYYYYYYYYYYYYYYY no aludido plano de saúde, na condição de dependente. Isso em virtude do desamparo sofrido por YYYYYYYYYYYYYYYYYYY, seja pela qualidade da rede pública de saúde, seja pela inacessibilidade financeira à rede privada.

Seu pedido foi negado pela CEF. Argumentou a instituição que a lei veda o reconhecimento da união estável neste caso, uma vez que esta só é possível em se tratando de pessoas de sexos opostos.

Sustentou a petição inicial, em favor dos pedidos formulados, a necessária sensibilidade que o ordenamento jurídico deve ter para com as relações homossexuais, há muito existentes e afastadas,

16 Justiça Federal
000057
1ª Instância/RS

oficialmente, das relações de doenças. Mencionou a existência de projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (Nº 1.151/95, de autoria da Deputada Marta Suplicy), visando ao reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo. Argumentou com a vida, liberdade e igualdade assegurados no artigo 5º da Constituição de 1988, bem como com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Noticiaram ter a Universidade Federal da Bahia reconhecido a inclusão de pessoa do mesmo sexo em plano de saúde, na condição de companheiro, em 1994.

Citaram jurisprudência, consubstanciada no deferimento de alteração de registro civil em decorrência de cirurgia, no reconhecimento de direitos sucessórios a companheiro do mesmo sexo, no reconhecimento de união estável.

Juntaram, às fls. 16/30, documentos e fotografias demonstrando sua vida íntima do companheiros, acontecimentos familiares e sociais e correspondência. Às fls. 31/48, diversos comprovantes de residência. Às fls. 49/52, documentação relativa à contaminação de YYYYYYYYYYYYYYYYYYY pelo vírus HIV. À fl. 53, comprovante de requerimento da motivação do indeferimento da inclusão do autor YYYYYYYYYYYYYYYYYYY no mencionado plano de saúde; à fl. 54, resposta à consulta formulada. Às fls. 55/57, documentação relativa à inserção de companheiro homossexual no plano de saúde da UFBa. Às fls. 58/59, projetos de lei referentes à matéria; à fl. 60, texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Às fls. 61/65 e 67/69, matérias jornalísticas sobre o tema. Às fls. 66, 70/71, referências de decisões judiciais relacionadas. Às fls. 72/74, documentação relativa ao plano de saúde. Às fls. 76/81, receituários médicos indicados aos dois autores.

Foi requerida a antecipação da tutela jurisdicional, indeferida à fl. 83.

Citada, a CEF ofereceu defesa, alegando, preliminarmente: (1) inadequação da ação declaratória, visto que o pleito é

17
Justiça Federal
000058
1ª Instância/RS

condenatório; (2) impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a Constituição só admite a união estável entre homem e mulher.

No mérito, repisou sua argumentação no sentido da impossibilidade do reconhecimento de união estável entre dois homens, pois que o artigo 226, parágrafo 3º, exige a presença de homem e mulher. Arrolou, nesse sentido, a legislação infraconstitucional (Lei nº 8.213/91, artigo 16, I, parágrafo 3º; Lei nº 8.971/94, art. 1º). Trouxe doutrina em favor de sua tese, sempre afirmando a necessidade de união entre pessoas de sexos opostos.

Com relação ao plano de saúde, aduziu que a inscrição como dependente só é admitida em se tratando de companheiro ou companheira (item 4.1.1. da regulamentação pertinente).

Por fim, invocou seu dever de obediência ao princípio da legalidade, pelo que, tendo a legislação limitado a união estável, não pode decidir de forma diversa.

A Fundação dos Economiários Federais, ao apresentar sua defesa, declinou os fatos donde exsurge o litígio, sustentou que a insistência dos autores em manter um relação homossexual nos dias de hoje (em que presente o vírus HIV) revela negligência, pois demonstra desamor para consigo mesmos e despreocupação com sua saúde, configurando "...um relacionamento consabidamente suicida." (Fl. 100). No mérito, sustentou que seu Estatuto exige, para o ingresso de dependentes, a indicação do associado e a admissão, pelo órgão previdenciário oficial, do indicado como dependente. Desse modo, ficaria inviabilizada a inscrição do segundo autor, porquanto a legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91, art. 16) só considera companheiro pessoa de sexo oposto.

Às fls. 107/120, juntadas cópias do Estatuto da segunda ré.

Intimadas as partes para requererem produção probatória, pleiteou a Funcef expedição de ofício à autarquia

18
Justiça Federal
000059
1ª Instância/RS

previdenciária, pretensão indeferida mediante fundamentada (e irrecorrida) decisão à fl. 137. A CEF nada requereu.

Falando sobre as contestações, repisaram os autores os termos da inicial, juntando, após, notícia de jornal e cópia de decisão proferida na Justiça Estadual (fls. 130/133 e 139/145).

Vieram os autos conclusos para sentença.

2. Ação cautelar incidental nº 1

Incidentalmente, requereram os autores, contra os mesmos demandados na ação ordinária, a inclusão de YYYYYYYYYYYYYY.YYYYY como dependente de XXXXXXXXXXXXXXX no plano de saúde da CEF.

Sustentaram a plausibilidade de seu direito reproduzindo os termos da ação ordinária; o perigo da demora, por sua vez, na sua situação de portadores que já desenvolvem a aludida síndrome, circunstância que, inclusive, acena com a possibilidade de falecimento até decisão final no feito principal.

A medida liminar foi deferida em decisão arrazoada às fls. 14/17, para o fim de autorizar o segundo autor a usufruir dos benefícios relativos ao Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS, durante a tramitação do feito, nos termos do regulamento (na condição de dependente do autor XXXXXXXXXXXXXXX).

Contestando, a Funcef argumentou com a inexistência de direito a amparar a pretensão dos autores, fundando-se nos motivos já relatados quando do exame da ação ordinária.

A CEF, a seu turno, sustentou, preliminarmente: (1) a inadequação de tutela cautelar em se tratando de pretensão de natureza declaratória; (2) a impossibilidade jurídica do pedido, face à definição constitucional de união estável. No mérito, aduziu: (1) a ação cautelar visa proteger a integridade do processo principal, não do direito ali discutido;

(2) a inviabilidade da antecipação da tutela por via cautelar; (3) a inexistência da fumaça do bom direito, repetindo os termos da fundamentação ofertada na contestação da ação ordinária; (4) não vislumbrar probabilidade de dano que venha interferir ou impedir a eficácia da decisão do processo principal; (5) sua sujeição ao princípio da legalidade.

A liminar concedida na ação cautelar foi mantida, seus efeitos suspensos quanto ao ingresso no Plano de Saúde até oferecimento de caução, conforme decisão à fl. 82.

Intimadas as partes para requererem dilação probatória, permaneceram silentes, vindo os autos conclusos para sentença.

É o relatório das duas ações.

Cuidando-se de feitos conexos, passo a decidi-los conjuntamente.

Preliminarmente, tenho que a demanda, ora ajuizada sob a alcunha de "declaratória" apresenta, na verdade, cumulação de pedidos, visto que propõe um pedido declaratório e um pedido condenatório independentes entre si; tal realidade, todavia, e ao contrário do entendimento das rés, não tem o condão de macular a presente relação processual.

Vejamos.

O direito subjetivo, categoria essencialmente estática, uma vez dotado de exigibilidade (pretensão de direito material), faz nascer, se resistida esta, a ação de direito material, que corresponde, exatamente, a um agir com vistas a realizar o direito, independentemente de atos de colaboração daquele em face de quem é estatuído o dever. **Na grande maioria dos casos, o Estado, justamente para evitar a tutela privada, a justiça de mãos próprias, retira da ação de direito material seu feitio original** (qual seja, o de ser o exercício do ofendido contra o próprio ofensor buscando realizar o seu direito subjetivo) **encampando-a, estatalizando-a; fá-lo por meio da criação de um direito subjetivo**

20
Justiça Federal
000061
1ª Instância/RS

contra o Estado consubstanciado, exatamente, no dever do Estado de prestar a jurisdição, monopólio seu.

Nessa linha, uma vez perfectibilizada a **relação processual**, resplandece, pois, **uma relação jurídica de direito público.** Com efeito, "dal considerare la giurisdizione, anche in materia civile, come funzione pubblica, si desume la necessità tecnica di dare al giudice tutti i poteri occorrenti per poter attivamente cooperare alla sodisfazione dell'interesse pubblico che anche nel processo civile è in giuoco; e basta il riconoscere il carattere pubblico della funzione giurisdizionale" (Piero Calamandrei, *Opere Giuridiche*, vol. IV, p. 215).

De fato, é o processo uma relação jurídica de direito público que a si chama a incidência dos princípios informadores do *due process of law* capitulados em nossa Constituição de 1988, notadamente aqueles da ampla defesa, da igualdade das partes, do contraditório, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação das decisões judiciais, da segurança jurídica, da efetividade da prestação jurisdicional. Acresce-se, pois, ao conflito social, quando carreado ao veredito estatal, uma gama de princípios que haverão de pautar a conduta dos sujeitos do processo de forma a, de uma maneira consentânea com os ideais do Estado Democrático de Direito, consiguir-se, de modo efetivo, real, substantivamente obedecendo aos meios e aos fins engendrados pela Constituição, a devida prestação da tutela jurisdicional.

Portanto, se há de trilhar o arcabouço processual sempre tendo-se em mira os princípios fulcrados na Lei Maior, buscando-se, pois, harmonizar as interpretações da legislação infraconstitucional com a inspiração, meios e objetivos elencados no vértice do ordenamento jurídico, e jamais o contrário. Dizia Eduardo J. Couture: "sistema legal é, pois, um sistema de princípios que constituem uma espécie de esqueleto, a estrutrura rigida e interna da obra, seu arcabouço lógico, sobre o qual se ordenam os detalhes da composição. A lei processual é a lei que determina as minúcias por meio das quais se realiza a justiça. Toda lei processual, todo texto particular que regula um trâmite do processo é, em primeiro lugar, o desenvolvimento de um princípio processual; esse princípio é, em

si mesmo, um partido adotado, uma escolha entre vários postulados análogos feita pelo legislador para assegurar a realização da justiça, enunciada na constituição" (*Interpretação das Leis Processuais*, p. 40, Ed. Forense, 2ª ed.,1993).

Não é outro, também, o ensinamento do Juiz Teori Albino Zavascki em seu *Antecipação da tutela e colisão de direitos* (Revista Ajuris nº 64); em verdade, assevera o nobre magistrado que "a exegese do Direito ordinário, para ser segura e adequada, impõe que se dê atenção às raízes de natureza constitucional da norma interpretada. Isso por duas razões básicas. Em primeiro lugar, porque, como é de geral conhecimento, é a Constituição que dá unidade ao sistema jurídico, que estabelece seus princípios básicos, que fixa os direitos fundamentais. Por isso mesmo, as regras positivadas pelo legislador ordinário somente serão válidas quanto compatíveis com os preceitos constitucionalizados, e a interpretação e a aplicação delas deverá dár-se de forma a que os resultados não só sejam compatíveis com os princípios da Constituição, mas que representem a mais fiel concretização dos valores constitucionais. E, em segundo lugar, porque as normas da legislação infraconstitucional exercem, em muitos casos, ... a função de concretização e de harmonização de direitos fundamentais" (p. 395-396).

Nesse contexto, o juiz deve, necessariamente, agir com vistas a prestar jurisdição de forma a otimizar maximamente os princípios constitucionais do processo, moldando nos suportes fáticos das leis processuais o norte emanado na Constituição, fazendo valer, nas especificidades do caso a ele apresentado, os desideratos maiores contidos na Carta Política, para que, enfim, atinja-se o escopo sócio-político-jurídico para o qual se deve converter toda e qualquer a relação processual. Daí, então, as razões por que se faz compreensível o princípio da instrumentalidade do processo, verdadeiros olhos que permitem ver a substância das coisas por trás das formas, que lá descobrem uma realidade que em nada ofende à essência da relação processual, sobejando respeitados os direitos constitucionalmente assegurados de autores e de réus, e, acima de tudo, sobejando intacta a função jurisdicional na sua incansável busca de efetivamente prestar justiça. Neste tópico, excele a lição de Candido Rangel Dinamarco, no n. 45 das "Conclusões" de sua obra "*A Instrumentalidade do Processo*: "a instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à

22
Justiça Federal
000063
1ª Instância/RS

negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à otenção dos resultados propostos (escopos do sistema); infunde-se com a problemática da "efetividade do processo" e conduz à assertiva de que "o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais". (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 319).

Aliás, antes de simplesmente enveredar para julgamentos precipitados calcados em um formalismo perdido em si mesmo, deveras injustificado, impõe-se procurar desnudar, nas formas desatendidas, prejuízo àquelas garantias e direitos, constitucionalmente firmados, infraconstitucionalmente esmiuçados: caso, todavia, inexista violação mínima, resguardadas às razões da legalidade, não há que se julgar com base na fria expressão legislativa *de per si*: há que se julgar, isso sim, com base na viva expressão legislativa recheada pelos valores e princípios constitucionais, desenvolvendo interpretação teleológica e sistemática, máxime que é verberada no "princípio do prejuízo".

E, indubitavelmente, a jurisprudência é sensível a tais funções institucionais a que visa atingir o processo, interpretando suas leis delineadoras de forma a dar guarida aos princípios maiores. Para tanto, basta lembrar da festejada aplicação do princípio da fungibilidade em matéria de recursos, bradada já em não poucas vezes pela nossa Corte Nacional, que, em assim procedendo, faz por proteger à própria jurisdição de pecados veniais incapazes de produzir prejuízo às partes e/ou ao Estado-Juiz. Disse o STJ:

"Recursos. Fungibilidade. Agravo não conhecido por ter-se como cabível a apelação. Não se tendo afirmado haver o recorrente agido de má-fé, ou em virtude de erro grosseiro, impõe-se a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos" (STJ — 3ª Turma — REsp 11.336-SP — rel. Min. Eduardo Ribeiro).

23 Justiça Federal
000064
1ª Instância/RS

Inspirado nessa realidade sócio-político-jurídica, passo ao exame das peculiaridades do presente tópico.

Ocorre, na espécie preliminar levantada a prumo, que o autor cumula, autonomamente, pedidos declaratório e condenatório, equivocando-se na denominação da ação.

Já sustentara Chiovenda: "a declaração de querer atuada uma vontade concreta de lei compreende a designação do bem a que se aspira e das razões pelas quais se pretende tal bem garantido pela lei (*petitum* e *causa petendi*, supra, ns. 110 e 111). A esta exposição apenas é essencial a indicação do fato jurídico. Costuma ser implícita à demanda a indicação da norma abstrata que se afirma aplicável no caso concreto, e não é *necessário* que seja *expressa*, porque o juiz conhece o direito (*iura novit curia; narra mihi factum; narro tibi ius*): supra, n. 111; adiante, n. 261. **Muito menos é necessário a indicação de determinado nome da ação** (*editio actionis)* (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 299) — grifei.

De fato, erro quanto ao *nomen iuris* da ação intentada não perfaz vício apto a gerar nulidade do feito ou a gerar qualquer outra coisa que impeça de conhecer o mérito. *Narra mihi factum; dabo tibi iuris.* Todavia, e movido pela compreensão do processo como a sede do extravasamento das garantias do *due process of law* constitucionalmente assegurados, norte por que se há de guiar o interprete na interpreção das leis processuais com vistas à escorreita e efetiva prestação jurisdicional, entremostra-se indispensável que tal equívoco não repercute dano ao exercício da ampla defesa. Calamandrei sabiamente sugerira que o processo se aproximasse à simplicidade e à singeleza, de forma a que, e desde que, permitisse lealmente a todos os sujeitos nele envolvidos devidamente entenderem-se: "tutte le innovazioni di cui finora si è parlato si risolvono, in fin dei conti, in un ritorno del processo alla semplicità ed alla naturaleza: **ridotti al minimo gli schermi del formalismo, si mira a rimettere in diretto contatto, in modo che possano rapidamente e lealmente intendersi, gli uomini che prendon parte al dramma giuridiziario, il giudice e i giudicabili, il magistrado e i defensori**" (Ob. Cit., p. 232) — grifei. Que todos lealmente se entendam; possibilite-se,

assim, o exercício da mais ampla defesa possivel. Reiteram-se julgamentos neste sentido:

"A concisão e incompleta fundamentação não caracterizam a inépcia da petição inicial, desde que o réu, em ampla defesa, estabeleceu todos os aspectos de forma. **O requisito, como a exposição dos fatos, está relacionada com a possibilidade do amplo exercício da defesa. Caracterizada a última possibilidade, a inicial não é defeituosa**". (AgP 22604, Rel. Emilio A. Maya Gischkow, RF 251/319)

"Processual civil. Pedido genérico. Admissibilidade. Codigo de processo civil, artigo 286, II.

"Admite-se o pedido generico, segundo os termos do artigo 286, II, do CPC, quando se sabe o *ao debeatur* (o que é devido), mas não o *quantum debeatur* (o quanto é devido) (Moacyr Amaral Santos). **Doutra parte, não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa".** (STJ, REsp 20923/92-SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo)

"**Não se considera pedido genérico que, embora deficientemente formulado, permite correta compreensão do seu alcance**." (RJTJESP 95/277)

E, no caso concreto, embora os autores tenham erroneamente nominado o presente feito (designaram-no por "declaratória"), tal equivoco não elide haver, na espécie, a cumulação de um pedido declaratório com um pedido condenatório, independentes entre si, e não representa, igualmente, nenhuma afronta ao exercício da defesa levada a efeito pelas rés.

É extreme de dúvidas, além do pedido declaratório, almejaram os autores, também, provimento condenatório com vistas a que fossem os réus determinados a operar a inclusão do autor YYYYYYYYYYYYYYYYYY nos planos de saúde. Isto é o que claramente se depreende à fl. 11 da vestibular — "DO PEDIDO":

25
Justiça Federal
000066
1ª Instância/RS

a)...determinando, como conseqüência, a inclusão do Autor YYYYYYYYYYYYYYYYYY, como dependente de XXXXXXXXXXXXXXX, no Plano de Saúde da Ré Caixa Econômica Federal, para que usufrua de todos os benefícios do **Programa de Assistência Médica Supletiva — PAMS**, conforme previsto no regulamento do mesmo (doc...), item "2" — **DOS BENEFICIÁRIOS**; **2.1.2 — São Dependentes Diretos**, b; determinando, também, o cadastramento como dependente da Ré Fundação dos Economiários Federais — FUNCEF conforme docs. nos. 72 a 74".

Na linha do que decidira o Egrégio Superior de Justiça, o "pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos'"(RESP 76.153/SP, DJU 05.02.96). E, na espécie, além de, como acima se viu, ser claro e inequívoco o pedido condenatório cumulado, do exame do corpo da exordial bem se pode perceber, também, tal pretensão condenatória, vale dizer, bem se pode perceber tais desideratos de ver o autor I. usufruir os benefícios de ditos plano de saúde e previdência privada, consoante se denota desta passagem à fl. 03:

"...desta forma, assistindo seu companheiro padecer em filas e ver a progressão da moléstia pela depressão na insegurança do futuro, tanto na sobrevivência, como nos necessários cuidados médicos, visto ser o HIV himuno-depressivo, entendeu o a. XXXXXXXXXXXXXXX, através de sua procuradora, requerer extrajudicialmente , junto à Ré CEF, dependência do a. YYYYYYYYYYYYYYYYYY em seu plano de saúde (doc. no. 52)

"Em atenção ao requerimento referido no item "05" acima, a CEF informou da impossibilidade no seu atendimento, pois apesar de desprovida de preconceito, estava seguindo o preceito legal em seu conceito de união estável, onde deixa claro a necessidade de convivência entre pessoas de sexos opostos (docs. nos. 53).

"Assim, restou negada a única via de um tratamento de saúde digno, condizente com o mal que os assola".

26
Justiça Federal
000067
1ª Instância/RS

É, indubitavelmente, bem compreenderam os réus conter a vestibular pedido condenatório cumulado, independente do pedido declaratório; como irretorquivelmente se lê na constestação da CEF, são as palavras da ré, "os pedidos condenatórios efetuados nessa ação declaratória são juridicamente impossíveis" (fl. 92). Em outra passagem de sua contestação (fl. 93), relatara a CEF que "os autores pleiteiam a inclusão do sr. YYYYYYYYYYYYYYYYYY como dependente do sr. XXXXXXXXXXXXXXX no Programa de Assistência Médica Supletiva da CEF".

Noutro lanço, não difere, também, a correta compreensão que ao pedido condenatório cumulado dera a FUNCEF. Como contido em sua contestação, luzentemente se percebe que a FUNCEF atinou facilmente a natureza condenatória dos pedidos formulados pelos autores. Lê-se à fl. 194:

"A improcedência da ação se impõe em razão do constante no Estatuto da Instituição, bem como no seu Regulamento dos Planos de Benefícios — REPLAN.

"Um e outro vinculam a possibilidade de ser admitido dependente, aquela pessoa que o associado indicar e que nesta condição figurem como dependente no órgão oficial da previdência.

"Como visto, impossível a admissão de dependente, que sendo do mesmo sexo, pretende ser admitido pelo fato de que tem vida em comum com o segurado, pois a Constituição Federal reconhece como união estável, aquele relacionamento entre pessoas de sexos opostos, portanto heterossexuais, e não relacionamento entre homossexuais" (sic).

Ora, resta demonstrado cabalmente que o pedido condenatório cumulado era claro, manifesto, evidente e inequívoco, não sobrando arranhão, mínimo que seja, na defesa exercida pelas rés; e, tanto tudo isso é verdade, que do pedido condenatório cumulado se defenderam, explicitando reiteradamente as razões por que não incluíram o querelante nos seus respectivos planos de saúde, como visto; ademais, chegaram a até

27

Justiça Federal
000068
1ª Instância/RS

(preliminar de que verso no momento) alegar que a via declaratória utilizada pelos autores seria inadequada ao pedido condenatório cumulado.

Portanto, deduzira-se perfeitamente a pretensão condenatória dos autores, permitindo-se às rés o exercício da ampla defesa; logo, não há razão para negar aos autores se adentre no mérito da demanda só porque rotularam erroneamente a ação, pena de ir de encontro à efetiva prestação jurisdicional prometida pelo Estado, pena de ser desarrazoado com o princípio da instrumentalidade das formas, pena de ser absurdo e contraproducente. Não importa, no caso, se o nome que se deu à ação tenha sido "declaratória"; importa, isso sim, a real natureza da demanda intentada. Com efeito, tal entendimento já recebera, outrossim, a chancela do e. Ministro Hélio Mosimann no voto proferido no REsp 3.901-RS (RSTJ 23/244); disse o magistrado: "certo que a ação, pouco importando o nome com que foi batizada, seguiu o procedimento comum ordinário. E se os postulantes cumularam pedidos declaratório e condenatório nada impedia a prestação jurisdicional, desde que tenham deduzido de maneira clara e inequívoca sua pretensão (T. Negrão, CPC, 19ª ed., pág. 63)". Orientação, ademais, que já merecera venerável veículo noutro aresto daquela Corte:

"Nada veda que a declaratória seja ajuizada em conexão com pedido constitutivo ou condenatório. O nome com o qual se rotula a causa é sem relevância para a ciência processual" (RSTJ 37/368).

Afasto, outrossim, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pedido de declaração da união estável entre os autores é matéria de mérito.

Consoante nos ensina José Maria Rosa Tesheiner, "a idéia de possibilidade jurídica como condição da ação se deve a **Liebman** que, entretanto, na terceira edição de seu *Manual* a abandonou, subsumindo-a no interesse de agir. Ele conceituara **a possibilidade jurídica como admissibilidade em abstrato do provimento solicitado**, isto é, ser este um dentre os que a autoridade judiciária pode emitir, **não sendo expressamente vedado**" ("Elementos para uma teoria geral do processo", p. 113). Dessa forma, pode-se dizer "que o pedido é possível

juridicamente quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Em outras palavras, **pedido possível é aquele que é permitido ou, ao menos, não proibido pela lei**" (Nelson Nery Júnior, "Condições da Ação", RP 64/17); ou ainda: "pela possibilidade jurídica, indica-se a **exigência de que deva existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação**" (Humberto Theodoro Júnior, *Processo de Conhecimento*, p. 71) — Grifei.

Como lecionara Walter Nunes da Silva, "**a fim de verificar a adequação da pretensão ao direito material, o juiz não precisa adentrar na análise do mérito. Basta, tão-somente, analisar se a pretensão é possível de ser atendida**" (*Condições da Ação e Pressupostos Processuais*, RP64/76). Nessa linha já decidira o STJ:

"**Impõe-se não confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o "meritum causae". Em tese, nada impede ao contratante postular em juízo o adimplemento de determinada prestação que afirma decorrente do contrato. Se a obrigação existe, ou não, é questão a ser julgada no momento processual oportuno, o da sentença**" (STJ — 4ª Turma — Ag. 33.416-2-SP-AgRg, rel. Min. Athos Carneiro) — Grifei.

Com efeito, o pedido, em si, não é vedado pelo ordenamento jurídico: existe, pelo contrário, autorização expressa de ser reconhecida, judicialmente, a união estável, abstratamente falando. Sendo o pedido de união estável admissível em tese, a questão acerca dos querelantes pertencerem ao mesmo sexo é matéria de mérito, que naquela sede será enfrentada. Aliás, este é o ensinamento de Enrico Tullio Liebamn, que afirma peremptoriamente que "**dichiarare l'inesistenza del diritto fatto valere dall'attore significa sempre decidere il merito della causa, e ciò tanto se la questione si presenta dubbia e complessa, quanto se essa è invece semplice ed evidente**. Non esistono a questo riguardo gradazioni diverse di infondatezza, che permettano di distinguere una pronuncia preliminare di improponibilità da una pronuncia finale di rigetto: in tutti i casi la decisione deve essere definitiva del merito, deve avere l'autorità dellla cosa giudicata e suppone perciò definita preliminarmente la questione della giurisdizione e della competenza" (P. 19, *Problemi del Processo Civile*).

Portanto, não há se confundir pedido juridicamente impossível (que não produz coisa julgada, visto que é condição da ação) com **pedido manifestamente improcedente (que produz coisa julgada, visto que é mérito)**. Aquele é vedado pelo ordenamento jurídico; este último possui ou sua fundamentação fática evidentemente deficiente, ou possui **sua fundamentação jurídica evidentemente deficiente**, ou ambos (vale dizer, a *causa petendi* é manifestamente deficiente). Com efeito, **pedido manifestamente improcedente** necessariamente deve ser tratado no momento da análise do mérito, pois, assim, e somente assim, será apto a produzir coisa julgada; além disso, caso tal não ocorra (análise do **pedido manifestamente improcedente** em sede de mérito), estar-se-á a subverter o princípio do ***narra mihi factum, dabo tibi ius***, uma vez que o juiz, então, estará vinculado aos fundamentos jurídicos do pedido; portanto, o juiz, em assim procedendo, proferirá julgamento deveras precipitado, e tecnicamente errado, visto que não se encontra vinculado à fundamentação jurídica desenvolvida pela parte, podendo, inclusive, o juiz, acolher o pedido por fundamentos jurídicos diversos daqueles esposados na exordial.

Ademais, *in casu*, além do pedido declaratório, o pedido condenatório independentemente cumulado à fl. 11 "a)...determinando, como conseqüência, a inclusão do Autor YYYYYYYYYYYYYYYYYY, como dependente de XXXXXXXXXXXXXXX, no Plano de Saúde da Ré Caixa Econômica Federal, para que usufrua de todos os benefícios do **Programa de Assistência Médica Supletiva — PAMS**, conforme previsto no regulamento do mesmo (doc...), item "2" — **DOS BENEFICIÁRIOS**; **2.1.2 — São Dependentes Diretos**, b; determinando, também, o cadastramento como dependente da Ré Fundação dos Economiários Federais — FUNCEF conforme docs. nos. 72 a 74", apresenta como sua fundamentação jurídica o reconhecimento de tal união estável; assim, a procedência, ou não, da fundamentação jurídica do pedido condenatório reverbera, ainda mais, tratar-se o exame da união estável como matéria que somente poderá ser ventilada no mérito, máxime do **princípio do 'narra mihi factum dabo tibi ius'**, uma vez que **o julgador não se encontra adstrito aos fundamentos jurídicos dos autores para fins de acolher, ou não, o pedido condenatório cumulado**.

Ultrapassadas as preliminares, detenho-me no mérito da demanda.

As objeções das rés à pretensão veiculada pelos autores, sob os item (2) do relatório (pedido condenatório cumulado), resumem-se, em síntese, na impossibilidade de inclusão no PAMS e cadastramento junto à Funcef, na condição de dependente (como companheiro), de pessoa do mesmo sexo do titular do benefício.

Afirmam que, exigindo a Constituição a presença de pessoas de sexos opostos para a configuração da união estável, impossível o reconhecimento da qualidade de dependente-companheiro em relação ao segundo autor, uma vez que a relação ora noticiada se dá entre dois homens. Desse modo, insatisfeito o requisito para a cobertura no Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS (item 4.1.1.) e para a admissão na Funcef (item 4.1.3.1.).

Não obstante o acerto da afirmativa concernente à necessidade da presença de homem e mulher para a configuração da união estável (pelo que improcede o primeiro pedido, declaratório de união estável entre os autores, forte nos termos do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição), equivocam-se as rés ao sustentar a impossibilidade de inclusão do segundo autor no PAMS e na Funcef.

É o que a seguir passo a demonstrar, mediante a consideração do ordenamento jurídico vigente, muito mais do que invocando uma ou outra regra isoladamente. Importa, no desate judicial dos conflitos sociais, atentar para o conjunto dos valores, princípios e regras incidentes; ter, na expressão de Norberto Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, Ed. UnB, 4ª ed., 1994, pág. 20), a visão da floresta, não da árvore isolada de seu contexto. Tudo sem esquecer que o compromisso com a racionalidade do direito posto não exclui - antes pressupõe - da investigação jurídica a experiência humana e a análise crítica, sem o que o instrumental jurídico divorcia-se de seus fins sociais.

Dimensionada a perspectiva adequada para a apreciação do caso, é de rigor relembrar a supremacia da ordem

31
Justiça Federal
000072
1ª Instância/RS

constitucional em nosso sistema jurídico, cuja interpretação exige olhos abertos para o seu conjunto, afastando-se a invocação isolada de qualquer norma constitucional. "O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes. Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cda preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço." (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 12ª ed., 1992, pág. 128).

Posto isso, tenho que a solução do litígio não se dá tão-somente pela isolada invocação do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição da República, definidor da união estável. Aliás, esse dispositivo nem incide na espécie, como veremos.

A Constituição Federal de 1988, na esteira do constitucionalismo ocidental contemporâneo, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia, após declinar os princípios e objetivos fundamentais da República, os direitos e liberdades fundamentais. Dentre estes, consagrou, sobremaneira, a liberdade e a igualdade, sem os quais jamais poder-se-ia sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental veiculado no artigo 1º, inciso III. Esses enunciados, projetando-se além do discurso vazio, possuem eficácia jurídica, indubitavelmente. Os direitos fundamentais, por força dos termos do parágrafo primeiro do próprio artigo 5º; os princípios fundamentais, a seu turno, já compreendem "...a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e conseqüência jurídica." (Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Ciência na Ciência do Direito*, Lisboa, Ed. F.C.G., 1989, pág. 86).

1. Da irrazoabilidade da restrição pela orientação sexual: o princípio da isonomia e a proibição da discriminação sexual

Ninguém há de discordar que, no caso em exame, a recusa à inclusão do segundo autor no PAMS e na Funcef foi motivada por pertencerem os demandantes ao mesmo sexo. Não fosse essa circunstância, inexistiria o óbice argüido pelas rés, qual seja, a impossibilidade de subsunção da relação afetiva travada entre os autores ao conceito de companheiro, admitindo-se que tal conceituação seja aquela emprestada pelo parágrafo 3º do inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 ("Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal").

Ora, essa fundamentação para a recusa, mesmo calcada em dispositivo legal, não pode subsistir no ordenamento jurídico nacional, diante da análise da Constituição de 1988.

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo)

Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa sofrida pelo segundo demandante, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo

(homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).

Vejamos.

Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito - isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe, B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o discrimen não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual.

Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro - e sempre permanente - fator sexual de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A: ele é dado

inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A).

Não se diga, outrossim, que inexiste discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual (de recusa a certo benefício, hipoteticamente, para homens e mulheres orientados homossexualmente). A tese peca duplamente, na medida em que busca justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino, *v.g.*) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino, p. ex.).

Aliás, nesse sentido, decidiram a Suprema Corte do Canadá (*Symes v. Canada*, 1993) e a Suprema Corte dos Estados Unidos (*Loving v. Virginia*, 1967). A primeira assentou que "discrimination cannot be justified by pointing to other discrimination[1]"; a segunda rejeitou a tese de que inexiste discriminação pelo fato de a lei permitir a todos de mesma raça o casamento e proibir, também a todos, o casamento inter-racial: "the fact of equal application does not immunize a statute from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes drawn according to race[2]" (os precedentes a partir de agora invocados, provenientes do direito internacional e estrangeiro, foram extraídos da obra de Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; do mesmo modo, incorporada substancialmente nesta fundamentação sua linha argumentativa).

A Suprema Corte do Hawaii, por sua vez, acolheu expressamente as razões ora expendidas, decidindo que a discriminação da orientação sexual configura verdadeira discriminação sexual (*Baehr v. Lewin*, 1993). No mesmo ano, a Corte de Apelações da Califórnia decidiu (*Engel v. Worthington*) que a recusa de um editor

[1] "uma discriminação não pode ser justificada apontando-se para outra." (Advirto que, nessa sentença, traduzirei livremente os precedentes citados).
[2] "o fato da aplicação igual não imuniza a legislação do pesado ônus da justificação cuja 14ª Emenda tem tradicionalmente requerido de leis estaduais relativas a raça."

quanto a inclusão da foto de um casal homossexual em livro de recordações constituía discriminação sexual.

O direito canadense possui outros precedentes nesse sentido (considerando a discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual). Exemplos disso são as decisões em *University of Saskatchewan v. Vogel* (1983, caso em que se recusava a Richard North, companheiro de Chris Vogel, benefício em plano dentário) e em *Bordeleau v. Canada* (1989, onde se concluiu que "discrimination based on sex also covers discrimination involving sexual orientation.[3]").

Contra toda essa lógica, alguém poderia alegar que o constituinte, ao vedar a discriminação sexual, não deseja aí incluir a discriminação por orientação sexual. Tal objeção é totalmente superada em se tratando de hermenêutica jurídica. Refutando a objeção, transcrevo os ensinamentos do já citado Carlos Maximiliano. "A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos." (...) Parece oportuno aclarar, sem refolhos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comtistas e spenceristas oferecem um fundamento mais, para repelir a concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica. Por outras razões, adiante especificadas, racionalistas e teólogos também se insurgem contra a teoria decrépita." (...) "Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de idéias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta;

[3] "discriminação com base no sexo também alcança discriminação envolvendo orientação sexual".

Justiça Federal
000077
1ª Instância/RS

há acordo aparente, resultado de profundas contradições." (...) "Se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em um báratro de dúvidas ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expendido um argumento e não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receia; (...) mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a intenção predominante, a diretriz real da vontade da maioria. (...) A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. (...) Entretanto, a letra perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em conseqüência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo - *das richtige Recht*, na expressão feliz dos tudescos." (Op. Cit., excertos dos nºs 23/28).

Ainda que não se aceite a qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais, tendo em mira o caso concreto.

Como bem demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1993), "...as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula 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.*" (Op. Cit., pág. 17, grifos no original). Ficam, desse modo, juridicamente impossibilitadas as desequiparações fortuitas ou injustificadas. "Esclarecendo melhor:" - nas palavras do próprio autor - "tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles." (Pág. 21).

Dito de outro modo (nas palavras de Luís Roberto Barroso - *A Igualdade perante a Lei,* RDP 78/68): "O que ele (o princípio da igualdade) impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas. Será legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, como proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional."

Em se tratando de discriminação por orientação sexual, diante da possibilidade de ingresso em plano de saúde e participação em entidade associativa, não há como se sustentar a legitimidade do tratamento diferenciado, do fator de discriminação justificador da exclusão do segundo litisconsorte. É o que será demonstrado, inclusive por meio da contribuição de diversas ciências, mais abaixo (ponto nº 5 dessa sentença).

A propósito, gize-se que o Supremo Tribunal Federal, pontuando a relevância do princípio constitucional da isonomia, já sublinhou que é diante das situações *in concreto* que o intérprete deve aferir da razoabilidade ou não das distinções operadas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 489/RJ, RTJ 137/562).

Debruçando-se sobre o artigo 86 da Lei nº 4.215/1963 (com a redação da Lei nº 5.681/1971), o Supremo Tribunal Federal repeliu regra ofensiva da igualdade (que proibia o exercício da advocacia para certos servidores em detrimento de outros), por nela não vislumbrar desequiparação razoável. Naquele julgado (Rp nº 1.054, RTJ 110/937), manifestou-se o Ministro Moreira Alves:

"E terá sentido dizer-se que o inativo, nos dois primeiros anos da inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade, como nos dois, dez, vinte ou trinta anos depois. E qual a sua independência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia, ou impedido de advogar contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta, como qualquer trabalhador da iniciativa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou reformado têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser impedido de advogar contra as Fazendas destes nos dois primeiros anos da inatividade? (...) Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o artigo 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o princípio constitucional da igualdade de tratamento, previsto no parágrafo 1º do artigo 153 da Constituição. Trataria desigualmente desiguais, mas não na medida de sua desigualdade, pois proibiria no tocante àqueles - meros servidores públicos ou funcionários de sociedade de economia mista ou militares - contra quem razões de ordem moral existiriam em muito menor intensidade, e seria permissiva para aqueles moralmente muito mais incompatibilizados ou impedidos. Parece que não será apenas à minha

39
Justiça Federal
000080
1ª Instância / RS

consciência que repugnará negar-se ofensa direta ao princípio da igualdade no admitir-se que um ex-Presidente da República, um Ex-Ministro de Estado, um Ex-Deputado, um Ex-Senador possa de imediato advogar sem restrições e se impeça, por dois anos, um ex-contínuo do Banco do Brasil, um ex-bedel de universidade autárquica, um ex-faxineiro empregado da administração direta de, em causa própria, defender-se judicialmente contra a Prefeitura Municipal de um lugarejo qualquer que lhes esteja cobrando indevidamente um tributo, sob alegação de que este impedimento decorre de razões éticas inerentes à capacidade moral."

Também em outros precedentes, cuidando da isonomia, o Supremo Tribunal Federal exigiu razoabilidade no critério legal eleito, rechaçando qualquer restrição de direito desproporcional. Assim o fez ao apreciar os Mandados de Segurança nºs 21.033 e 21.046, e os Recursos Extraordinários nºs 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.237, 146.934 e 156.972-7: as limitações de idade em para inscrição em concurso público só podem ser justificadas pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Hipóteses como a presente provocaram, no direito norte-americano, o desenvolvimento, a partir da Décima Quarta Emenda ("No State shall make or enforce any law which shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws[4]"), da 'equal protection doctrine'.

Visando inicialmente sancionar as ações estatais que implicassem em discriminação racial (nesse diapasão, *verbi gratia*, o citado *Loving v. Virginia*, 1967), este instituto ampliou-se, alcançando grupos estigmatizados, socialmente esteriotipados ou inferiorizados, ou objeto de tratamento fundado em traços imutáveis (*Strauder v. West Virginia*, 1880; *Regents of the University of California v. Bakke*, 1978), bem como aquelas minorias sem adequada representação legislativa (*United States v. Carolene Products Co.*, 1938: "Prejudice against discrete

[4] "Nenhum Estado deverá fazer ou encorajar qualquer providência que negue a qualquer pessoa, dentro de sua jurisdição, 'the equal protection of the laws'" (a expressão grifada diz respeito à cláusula constitucional que reconhece, nos Estados Unidos, o princípio da isonomia).

and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and may call for a more searching judicial scrutiny[5].").

À semelhança da doutrina nacional acima citada, afirma o direito norte-americano a ilegitimidade constitucional de tratamento diferenciado sob justificativa arbitrária ("The Clause cannot be a proscription against legal classification since different treatment of persons and things that are not similary situated is essential for lawmaking. Men and women, adults and children, aliens and citizens need not always be treated alike under the law. But it is also clear that these classes cannot be treated differentely on an arbitrary basis.[6]"- Barron, Jerome and Dienes, C. Thomas, *Constitucional Law*, St. Paul, West Pub. Co., 3ª ed., 1995, pág. 214). A Suprema Corte, aplicando essa cláusula, entendeu indevida a distinção em detrimento de grupo politicamente impopular ('hippies', no caso *US Departament of Agriculture v. Moreno,* 1973; deficientes mentais, no caso *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 1985) .

Na espécie, tendo por arbitrária (ver ponto nº 5) qualquer discriminação diante do desiderato dos autores (inclusão no PAMS e na Funcef), injustificável se mostra a resistência das rés.

De fato, especificamente com relação à discriminação por orientação sexual, considerando a 'equal protection', já decidiram os Tribunais estado-unidenses pela ilegitimidade da exclusão das Forças Armadas (*Steffan v. Aspin,* D.C. Circuit, 1993; *Pruitt,* 9th Circuit, 1992: "Army cannot rely on 'prejudice of others against homossexuals' as

---

[5] "Preconceito contra específicas e isoladas minorias, pode ser uma condição especial que tende seriamente a diminuir os processos políticos aos quais ordinariamente é confiada a proteção das minorias, e pode chamar um exame judicial cuidadoso e completo."

[6] "A cláusula não pode ser uma proscrição contra uma classificação legislativa, uma vez que o tratamento diferenciado de pessoas ou coisas que não são similares é essencial para legislar. Homens e mulheres, adultos e crianças, estrangeiros e cidadãos nem sempre precisam ser tratados juridicamente de mesmo modo. Mas também é claro que essas classes não podem ser tratadas diferentemente de maneira arbitrária."

41
Justiça Federal
000082
1ª Instância/RS

a rational basis"[7]). Cuidando de serviço civil, o D.C. Circuit afastou (*Norton v. Macy*), como arbitrária, a exclusão de homossexuais, fundada em razões de 'moralidade'. Pronunciou-se o Tribunal: "A pronouncement of 'immorality' tends to discourage careful analysis because it unavoidably connotes a violation of divine, Olympian, or otherwise universal standards of rectitude. However, the Civil Service Commission has neither the expertise nor the requisite annointment to make or enforce absolute moral judgmentes... It may be doubted whether there are in the entire Civil Service many persons so saintly as never to have done any act which is dissaproved by the 'prevailing mores of our society'... The notion that it could be an appropriate function of the federal bureaucracy to enforce the majority's conventional codes of conduct in the private lives of its employees is at war with elementary concepts of liberty, privacy, and diversity... The sufficiency of the charges against the appellant must be evaluated in terms of effects on the service of what... he has done.[8]"

No direito canadense, tem os precedentes, à luz da Seção 15(1) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades ("Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability[9]"), afirmado, de forma iterativa, que a discriminação por orientação sexual constitui ofensa

[7] "O Exército não pode alegar o preconceito que outros nutrem contra homossexuais como base racional."

[8] "Uma alegação de 'imoralidade' tende a desencorajar uma análise cuidadosa porque inevitavelmente tem a conotação de uma violação divina, Olímpica, ou quaisquer outros padrões de retidão. Contudo, a Comissão de Serviço Civil não tem nem o ardil de um 'expert' nem os requisitos necessários para fazer ou fazer cumprir julgamentos morais absolutos... Duvida-se que haja em todo o Serviço Civil pessoas tão santas que nunca tenham feito qualquer ato reprovável diantes dos 'costumes prevalecentes de nossa sociedade'... A noção de que seja uma função apropriada da burocracia federal fazer com que sejam cumpridos os códigos convencionais de conduta da maioria nas vidas privadas de seus funcionários está em guerra com os conceitos elementares de liberdade, privacidade e diversidade... A relevâncias das acusações contra o requerente devem ser avaliadas em função dos resultados do serviço que ele tem prestado."

[9] "Todo indivíduo antes e perante a lei e tem o direito a igual proteção e benefícios da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação tendo por base raça, nacionalidade ou etnia, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental."

à cláusula da igualdade. Nesse sentido, *Veysey v. Canada* (Federal Court Trial Division, 1989, caso em que prisioneiro homossexual via-se excluído em sua prisão do 'Private Family Visiting Program', com relação a seu companheiro); *Brown v. British Columbia* (1990 - "discrimination based on sexual orientation contravenes Section 15(1)[10] "); em *Knodel v. British Columbia* (1991), a Corte, ***analisando recusa de direito a benefício de saúde pelo companheiro do requerente***, ponderou que "the distinction [denial of medical care benefits to Timothy Knodel's partner Ray Garneau] is not related to the petitioner's merit or capacity[11]", considerando "homossexual people as a group stigmatized in our society', 'the petitioner falls within a group that constitutes a 'discret and insular minority[12]"; em *Haig v. Canada* (1992), diante da concordância do governo canadense em torno da igualdade de tratamento sustentada pelo demandante, o Tribunal, chegando à mesma conclusão governamental, ponderou que "...as a matter of law, the concession is right. No further analysis of this point need to be undertaken.[13]"; no caso *R.v Turpin* (1989), foi decidido que "the larger context, social, political and legal must be also be considered... to find disadvantage that exists apart from and independent of the legal distinction created by the omission of sexual orientation[14]", incluindo-se, nesse quadro social, "the pain and humiliation undergone by homossexuals by a reason of prejudice towards them[15]" e "the enlightened [post-war] evolution of human rights, social and legislative policy in Canada[16]." "The failure to

---

[10] "discriminação baseada em orientação sexual contraria a Seção 15(1)."

[11] "a distinção [negação de benefícios de assistência médica a Ray Garneau, companheiro de Timoth Knodel] não é relacionada com a virtude ou capacidade do peticionante".

[12] "...pessoas homossexuais como um grupo estigmatizado em nossa sociedade, o peticionante cai dentro de um grupo que constitui uma especifica e isolada minoria".

[13] "juridicamente, a concessão é direito. Nenhuma análise mais aprofundada desse ponto precisa ser considerada".

[14] "...o contexto mais amplo, social, político e legal também deve ser considerado... para encontrar a desvantagem que existe distante e independente da distinção legal, criada pela omissão da orientação sexual."

[15] "...a dor e a humilhação sofrida por homossexuais por razão do preconceito em relação a eles..."

[16] "...a esclarecida evolução dos direitos humanos no pós-guerra e as políticas sociais e legislativas no Canadá." "A falha em providenciar um modo de remediar o tratamento prejudicial dos membros homossexuais da sociedade, e a possível

provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homossexual members of society, and the possible inference from the omission that such treatment is acceptable, create the effect of discrimination offending s. 15(1).[17]"; em *Vriend v. Alberta* (1994, caso em que professor foi demitido em função de sua orientação homossexual), reafirmou-se que a discriminação ofende a Seção 15(1) salientando-se que "discrimination against homossexuals is an historical, universal, notorius, and indisputable social reality[18]"; em *Leshner v. Ontario* (1992, pedido provocado por recusa de pensão ao companheiro do requerente, Michael Stark), foi considerada incabivel a discriminação por orientação sexual, tendo em mente, igualmente, a Seção 15(1), pelo que "gay and lesbian relationship must be treated as equal in status to heterossexual unions[19]".

Em *Egan v. Canada,* caso em que se discutiu o direito do companheiro homossexual a benefício da seguridade social previsto para a esposa (pensão), a Suprema Corte decidiu (1995), unanimemente, que "whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unnacceptable costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds[19]"; por maioria, assentou que a distinção entre companheiros homossexuais e companheiros heterossexuais em relação a direito à pensão, fundando-se na orientação sexual, é discrimen contrário à Seção 15(1), oportunidade em que o voto condutor (Justice Cory) asseverou: "Sexual orientation is more than simply a 'status' that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. The Charter protects religious beliefs and

---

inferência da omissão que tal tratamento seja aceitável, cria o efeito de discriminação ofendendo a s. 15(1)".

[17] "...discriminação contra homossexuais é uma histórica, universal, notória e inquestionável realidade social."

[18] "...os relacionamentos gays e lésbicos devem ser tratados em igualdade às uniões heterossexuais."

[19] "...se a orientação sexual é ou não baseada em fatores biológicos ou fisiológicos, o que pode ser objeto de controvérsia, isto é uma profunda característica pessoal, que é tanto imutável quanto mutável somente a custos inaceitáveis, e então subsumindo-se no âmbito da proteção da s. 15 como sendo análoga aos campos enumerados;"

religious pratice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of 'status' and 'conduct' and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterossexual or homossexual. It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protected.[20]"

Expostas todas essas razões, conclui-se que a invocação dos termos restritivos da lei previdenciária como fator impeditivo para o ingresso do companheiro do primeiro requerente no PAMS e na Funcef não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, seja pela proibição constitucional da discriminação sexual, seja pela incidência do princípio da igualdade (que abomina a eleição de discriminações sem razoabilidade).

2. Do respeito à condição pessoal como pressuposto da afirmação da dignidade da pessoa humana

As razões que demonstram a ilegitimidade da negativa sofrida pelos requerentes (fundadas no princípio isonômico e na discriminação sexual) conduzem-nos, adotada uma perspectiva constitucional mais abrangente, para os valores da dignidade da pessoa humana e o respeito à sua inviolável esfera de liberdade.

Independentemente da orientação sexual de um ser humano, impende invocar-se o respeito devido à sua individualidade, em virtude da citada cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Esta (a dignidade da pessoa humana), aliás, é elemento central na socialidade que caracteriza o conceito de Estado

[20] "Orientação sexual é mais do que um simples 'status' que um indivíduo possui. É algo que é demonstrado pela conduta do indivíduo na escolha de um companheiro. A Carta protege crenças religiosas e práticas religiosas como aspectos da liberdade de religião. Então, também, deveria ser reconhecido que a orientação sexual inclui aspectos de 'status' e de 'conduta' e que ambos deveriam receber proteção. A orientação sexual é demonstrada na escolha feita por uma pessoa de seu companheiro de vida, seja heterossexual ou homossexual. Daí segue que uma relação legal que se origina a partir da orientação sexual também deve ser protegida."

Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades (ver Jorger Reis Novais, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito - do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra, 1987, precipuamente item VI.2.).

A enumeração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pode ser compreendida, no mínimo, de duas formas: (1) como enunciação de um dado central, reconhecido pelo ordenamento jurídico nacional; ou (2) como eleição de uma idéia-chave, a qual deve presidir a elaboração, compreensão e interpretação de todas as regras jurídicas de nosso sistema jurídico objetivo.

Admitir-se o reconhecimento constitucional da dignidade humana tão-somente como a enumeração fática de um fenômeno verificado na realidade social juridicizada, como dado básico sobre o qual se debruçou a Constituição da República, conduz-nos, no campo normativo, a uma mera descrição de dados sociais, carente de conseqüências jurídicas[21]. Leva-nos, outrossim, no final das contas, à conclusão de que a 'constituição jurídica'[22] sucumbiu perante a 'constituição real'; produz, ao fim e ao cabo, a convicção de Ferdinand Lassalle: a Lei Fundamental não passa de uma folha de papel, sem qualquer operatividade perante os fatores reais do poder.[23]

---

[21] "A experiência jurídica" - disse Alfredo Augusto Becker, invocando Norberto Bobbio, em sua *Teoria Geral do Direito Tributário* - "é a experiência social do homem em prever e impor um determinismo artificial ao comportamento (fazer ou não fazer) dos homens, utilizando como instrumento a regra de conduta predeterminada. Esta regra de conduta é a *regra jurídica*."

[22] 'Constituição jurídica' e 'Constituição real' são termos ora utilizados na acepção de Konrad Hesse, segundo a qual esta revela unicamente as relações de poder dominantes em determinado contexto, enquanto aquela revela a ordenação jurídica conformadora da realidade política e social (*A Força Normativa da Constituição*).

[23] Ferdinand Lassalle, em sua obra 'A Essência da Constituição', chega a formular a sonora advertência de que o verdadeiro fundamento do Direito Constitucional é a força dos canhões.

46
Justiça Federal
000087
1ª Instância/RS

Tendo em mente todos esses motivos, e, principalmente, concebendo-se o direito como fenômeno social condicionante da realidade[24], é necessário rejeitar-se a primeira compreensão da dignidade humana como mero enunciado de fato da ordem social e política.

Com efeito, mesmo que não se desconheça e não se menospreze a fundamentalidade dessa categoria como dado de realidade hoje presente, há de se ressaltar que a Constituição Federal a considerou, em seu discurso normativo, como categoria apta a iluminar toda a elaboração e compreensão do Direito nacional.

Qualificar, em termos de ciência jurídica, alguma noção como fundamento de certo ramo do direito positivo, significa nela vislumbrar um caráter de centralidade em relação a quaisquer outros conceitos, formulações ou idéias; trata-se de valorizar sobremaneira um dado normativo, elegendo-o como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada.

Interessante exemplo dessa pesquisa científica no direito pode ser visualizado, *ad exemplum*, no Direito Administrativo, como noticia Héctor Jorge Escola[25]. Na identificação de uma noção fundante desse ramo da ciência jurídica, firmou-se, inicialmente, a noção de 'serviço público' como idéia apta a presidir toda construção jurídica desvendadora dos problemas peculiares a essa esfera da vida. Exposta a dificuldades e críticas, essa noção cedeu lugar à do 'ato administrativo', categoria sobre a qual poder-se-ia sistematizar todo Direito

[24] Com efeito, Manfred Rehbinder, em sua *Sociología del Derecho*, subscreve a constatação de Ross, designando o direito como 'the most specialized and highly finished means of social control'.

[25] Em sua obra *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Depalma, 1989), fornece-nos o jurista argentino escorço histórico dessa busca de um conceito cuja extensão pudesse fundamentar todo o Direito Administrativo enquanto ramo do conhecimento jurídico, à semelhança do que se pode vislumbrar com as idéias de trabalho humano e livre iniciativa na Ordem Econômica. Especificamente, para uma crítica do 'interesse público' como resposta a essa pesquisa, bem como descrevendo o mesmo fenômeno, ver Jean Rivero, *Direito Administrativo* (Coimbra, Almedina, 1981).

Administrativo. Visando aperfeiçoar-se - e deparando-se com novos desafios -, enxergou a doutrina administrativista no 'interesse público' o conceito superador do 'ato administrativo', nele reconhecendo o sustentáculo das diversas instituições de Direito Administrativo e o princípio maior do qual se pode extrair todos os pertinentes a cada uma das aludidas instituições.

Desse modo, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se, simultaneamente, postulado da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e, particularmente, da sociedade brasileira, bem como dado normativo central para a compreensão e equacionamento dos problemas econômicos objeto do ramo do direito ora comentado.

Ao lado da dimensão meta-jurídica inerente à qualificação de certos direitos como fundamentais, a afirmação da centralidade da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa dessa noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração.

A designação da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional, em suma, implica a admissão desse valor como pedra de toque de todo o direito nacional. A valorização da dignidade humana, nesse passo, consubstancia verdadeira cláusula principiológica, trazendo insita evidente potencialidade transformadora e conformadora das relações jurídicas vigentes no país.

A jurisprudência tem demonstrado sensibilidade a essa realidade, como demonstram os seguintes arestos:

1. AC 92.03.053325/SP - DOE 18-10-93:

"Previdenciário - Renda mensal vitalícia - Presunção de dependência econômica - Aposentadoria recebida pelo mantenedor - Fundamentos do Estado Democrático de Direito - Exercício de atividade e invalidez comprovados.

1. Se a lei presume a dependência da mulher em relação ao marido (e vice versa) é porque há presunção, também legal, de que o mantenedor dispõe de meios suficientes para o encargo.

2. A aposentadoria recebida pelo mantenedor, superior a um salário mínimo, não pode ser considerada obstáculo para a concessão da renda mensal vitalícia a quem contribuiu para a previdência enquanto capacitado, e que já não mais se encontra em condições de exercer qualquer atividade.

3. A concessão do benefício está em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

4. Diante da realidade social, a aposentadoria recebida pelo mantenedor não pode ser considerada suficiente para o encargo e, além disso, um desajuste social não justifica o outro.

5. Provado o exercício de atividade, como empregada, e provada a invalidez a apelada fazia jus ao benefício concedido, que era devido desde a data do pedido administrativo até a data de seu falecimento.

6. Apelação improvida." (Relatora Juiza Ramza Tartuce)

2. RO 89.04.19284/RS - DJ 01-08-90:

"Trabalhista. Acumulação proibida. Pagamento pelos serviços prestados. Embora vedada a acumulação de empregos, por força de norma constitucional, ao empregador cumpria pagar os serviços efetivamente prestados, em vista do preceito da constituição que adotava

como princípio da ordem economica e social, a 'valorização do trabalho como condição da dignidade humana'. Precedente. (Relator Juiz Silvio Dobrowolski)

3. AMS 91.04.19773/RS - DJ 06-05-92:

1. Direito administrativo.

2. Mandado de segurança para liberar cruzados bloqueados.

3. Legitimidade de ambas as partes. Direito do impetrante fundado nos principios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem nenhuma forma de discriminação (CF/88, art. Primeiro, inciso III e art. Segundo, inciso IV).

4. Apelação desprovida." (Relator Juiz Gilson Langaro Dipp)

4. RHC 2898/PE - DJ 11-10-93:

Constitucional e processual penal. Crime hediondo (estupro) habeas-corpus. Apelar solto. Princípios da presunção de inocência e da liberdade provisória (CF, art. 5., LVII e LXVI). Exigência constitucional de fundamentação da "necessidade" da prisão cautelar (CF, art. 93, IX). Recurso ordinário conhecido e provido.

I - Os pacientes, ambos primários e de bons antecedentes, foram condenados por estupro. Responderam o processo em liberdade. Quando da sentença, o juiz após lembrar que o crime de estupro se classifica como "crime hediondo" (lei n. 8.072/90), condicionou o recebimento da apelação ao recolhimento a prisão. O tribunal 'a quo' manteve a decisão, positivando que, por se tratar de crime hediondo, só se precisaria fundamentar a medida constritiva na hipótese de o juiz permitir ao condenado apelar solto (Art. 2., Par. 2.).

50
Justiça Federal
000091
1ª Instância/RS

II - Os princípios da presunção de inocência (CF, art. 5., LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5. LXVI) se travejam na viga mestra da "dignidade humana", regra estruturante de nosos direitos fundamentais (CF, art. 1., I). Assim, em princípio, só deve ficar preso quem necessite. O juiz, por força de dispositivo constitucional (art. 93, IX), deve demonstrar a imperiosidade da prisão, uma vez que os réus já vinham respondendo ao processo em liberdade. O par. 2. do art. 2 da Lei n. 8.072/90 deve ser interpretado de acordo com a Constituição e não a constituição de acordo com a lei que lhe e subordinada. Assim, mesmo no caso de não se permitir que o condenado apele em liberdade, tem-se de demonstrar o porquê. No caso concreto, não houve fundamentação.

III - Recurso provido." (Relator Ministro Adhemar Maciel)

5. RHC 4557/RJ - DJ 11-09-95:

"Constitucional. Processual penal. Apelar solto. Ausência de fundamentação da prisão processual. Diante da nova ordem constitucional, o juiz tem sempre que justificar a custódia do indiciado, do acusado ou mesmo do condenado. Ampla interpretação do art. 594 do CPP. Princípios constitucionais fundamentais da "dignidade humana" e da "liberdade provisória", da "presunção de inocência" e da "justificação dos atos judiciais". Recurso provido." (Relator Ministro Adhemar Maciel)

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um homem, em função da orientação sexual, em hipótese como a destes autos, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal dos requerentes (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não atingisse sua dignidade humana, exigindo-lhes mudança de comportamento para alcançarem os benefícios desejados (inclusão no PAMS e associação à Funcef).

Qualquer discriminação, baseada nessa ordem de considerações, mostrar-se-á indevida. Efetivamente, em um sistema jurídico democrático, e diante dos termos da Constituição de 1988, não se

pode subdimensionar à eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos de nossa República.

A jurisprudência norte-americana, a partir de situações dessa estirpe, rejeita discriminações baseadas em características pessoais individuais constituintes da identidade do sujeito (tais como raça e origem étnica, por exemplo), principalmente se manejadas em detrimento de grupos estigmatizados como inferiores (como no já citado precedente *Regents the Univ. Of California v. Bakke*, 1978), objeto de hostilidades (*Plyler v. Doe*, 1982), vítimas de prejuízos oriundos de preconceitos relativos a suas capacidades (caso *Murgia*, 1973). Em se tratando de distinções fundadas em características pessoais imutáveis, fora do controle da pessoa, tem o Judiciário as rechaçado, nelas vislumbrando discrimen suspeito perante a Constituição (*Lyng v. Castelo*, 1986; *Plyler v. Doe*, 1982: "groups disfavoured by virtue of circumstances beyond their control[26]"; *Mathews v. Lucas*, 1976: "illegitimacy... is, like race or national origin, a characteristic determined by causes not within the control of the illegitimate individual[27]"; *Frontiero v. Richardson*, 1973: "sex, like race and national origin, is an immutable characteristic determined solely by the accident of birth[28]").

Especificamente quanto à orientação sexual, registro os precedentes do direito norte-americano e canadense. Os primeiros reconhecem existir, historicamente, um tratamento desigual com relação a homossexuais (*High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office* - 9th Circ 1990; *Ben-Shalom v. Marsh* - 7th Circ 1989; *Watkins v. US Army* - 9th Circ 1989), sofrerem preconceitos e hostilidades (*Rowland v. Mad River Local School District* - 1985). Em *High Tech Gays* considerou-se que a orientação sexual "...no change without immense difficulty[29]". Julgando *Watkins*, o Tribunal ponderou que a orientação sexual é imutável pois "we have little control over our sexual orientation and..., once acquired, it is largely impervious to change. The possibility

[26] "...grupos desfavorecidos em virtude de circunstâncias além de seu controle...".
[27] "... ilegitimidade... é, como raça ou nacionalidade, uma característica determinada por causas fora do controle do indivíduo considerado ilegítimo".
[28] "...sexo, como raça e nacionalidade, é uma característica imutável determinada somente pelo acidente do nascimento."
[29] "...a orientação sexual não muda sem uma imensa dificuldade."

of... a difficult and traumatic change (through extensive therapy, neurosurgery or shock treatment) does not make it 'mutable'[30]." Nesse julgado, assentou que a imutabilidade da condição pessoal se refere a "those traits [including sexual orientation] that are so central to a person's identity that it would be abhorrent for governement to penalize a person for refusing to change them, regardless of how easy that change might be physically.[31]" No caso *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. V. City of Cincinnati* (1995, 6th Circ), considerou que a orientação sexual está "...beyond the control of the individual, exists independently of any conduct that the individual... may choose to engage in, [and is] unamenable to techniques designed to change it, [which] are considered unethical.[32]" A Suprema Corte do Canadá (*Canada (Attorney-General) v. Ward*, 1993), por sua vez, considerou os homossexuais na categoria dos "groups defined by an innate or unchangeable characteristic, which would embrace individuals fearing persecution on such bases as gender, linguistic background and sexual orientation.[33]".

Ora, diante desse quadro, e tendo em mente as circunstâncias do caso concreto, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos infundados (ver, em complemento, ponto nº 5) legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e sofrimentos a muitos seres humanos.

---

[30] "...nós temos pouco controle sobre nossa orientação sexual e..., uma vez adquirida, é amplamente impermeável a mudança. A possibilidade de... uma difícil e traumática mudança (através de extensa terapia, neurocirurgia ou tratamento de choque) não a faz mutável."

[31] "aqueles traços [incluindo a orientação sexual] que são tão centrais para a identidade de uma pessoa que seria abominável para o governo penalizar uma pessoa por recusar mudá-los, independentemente da facilidade física da mudança."

[32] "...além do controle do indivíduo e existe independentemente de qualquer conduta que um indivíduo... possa escolher-se engajar-se, [e] não responde a técnicas criadas para mudá-lam, [as quais] são consideradas anti-éticas."

[33] "...grupos definidos por uma inata ou imutável característica, a qual abarcaria temendo perseguições tendo por base gênero, língua e orientação sexual."

3. Da pertinência da orientação sexual à esfera inviolável da liberdade individual

As negativas sofridas pelo segundo demandante também não podem subsistir por contrariarem - de forma reflexa - a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano, no que diz respeito à condução de sua vida sexual.

De fato, tendo sido o requerente impedido de ingressar na Funcef e de beneficiar-se do PAMS, em virtude de sua orientação homossexual, opera-se verdadeiro atentado à sua liberdade sexual.

A orientação sexual que alguém imprime, na esfera de sua vida privada, não admite restrição de direitos. Essa a evolução dos precedentes nos tribunais norte-americanos. Em *Griswold v. Connecticut* (1965), discutindo-se a licitude da utilização de anticoncepcionais, a Corte afirmou que "concern a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees[34]; em *Eisenstadt v. Baird* (1972), a valorização da privacidade garantiu "the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally 7affecting a person as the decision whether to bear or beget a child[35]", diminuindo significativamente a distinção entre casados e solteiros no que diz respeito à liberdade sexual; em *Commonwealth v. Balthazar* (1974), a Suprema Corte Judicial de Massachusetts, invocando as decisões da Suprema Corte em matéria de privacidade, e diante de proibição de sexo oral entre heterossexuais, decidiu que a legislação proibindo "unnatural and lascivious acts must be construed to be inappicable to private, consensual conduct of adults[36]"; em *State v. Pilcher* (1976), a Suprema Corte de Iowa assentou que a legislação proibitiva de sexo anal e oral "cannot

[34] "...diz respeito a uma relação que jaz em uma zona de privacidade criada por várias garantias fundamentais constitucionais."

[35] "...o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de estar livre de uma intromissão governamental desautorizada em assuntos que afetam tão fundamentalmente uma pessoa como a decisão de suportar ou de ter uma criança."

[36] "...atos lascivos e contra a natureza deve ser compreendida como inaplicável à conduta privada e consensual entre adultos".

constitutionally be applied to alleged sodomitical acts performed in private between consenting adults of opposite sexes[37]", ponderando que, a partir de *Griswold*: "the right of privacy extends to sexual relations between husband and wife[38]", e, a partir de *Eisenstadt*, "between consenting adults of opposite sexes not married to each other.[39]" Em *State v. Saunders* (1977), a Suprema Corte de New Jersey afastou a legislação proibitiva de relações sexuais entre heterossexuais solteiros, sob o fundamento da autonomia individual que vigora na esfera privada, aduzindo: "It would be rather anomalous if [the decision to bear children] could be constitutionally protected while the more fundamental decision as to whether to engage in the conduct which is a necessary prerequisite to child-bearing could be constitutionally prohibited. Surely, such a choice involves considerations which are at least as intimate and personal as those which are involved in choosing whether to use contraceptives.[40]" Em *Commonwealth v. Bonadio* (1980), a Suprema Corte da Pensilvânia identificou na proibição de sexo anal ou oral entre heterossexuais solteiros violação da *equal protection clause*, pois, após a decisão em *Einsenstadt*, inexiste razoabilidade para tal distinção.

Todavia, contrariando toda evolução em matéria de liberdade sexual, a Suprema Corte (*Bowers v. Hardwick*, 1986) reformou decisão do 11º Circuito, segundo a qual *Griswold* e *Eisenstadt* garantiam a liberdade na esfera privada entre adultos e o espaço para contatos íntimos fora da relação matrimonial. Esse precedente considerou inofensiva à privacidade a legislação proibitiva de sexo anal ou oral, em se tratando de homossexuais. A corrente majoritária (o julgamento foi por cinco votos a quatro, sendo que o prolator do voto decisivo, Justice Lewis Powell, quatro anos após declarou publicamente ter se equivocado - conforme informações e declarações de voto em *Basic Cases in*

---

[37] "...não pode constitucionalmente ser aplicada a atos alegados como sodomitas praticados privadamente - e mediante consenso - entre adultos de sexos opostos."

[38] "...o direito de privacidade estende-se às relações sexuais entre marido e mulher".

[39] "...entre adultos acordes de sexos opostos não casados entre si".

[40] "Seria um tanto anômalo se [a decisão de ter filhos] fosse constitucionalmente protegida enquanto a decisão mais fundamental de se envolver na conduta que é um pré-requisito necessário para tanto seja constitucionalmente proibida. Certamente, tal escolha envolve considerações que são ao menos tão íntimas e pessoais quanto àquelas que estão envolvidas na escolha de usar ou não contraceptivos."

Constitutional Law, de Duane Lockard e Walter Murphy, Congressional Quarterly Inc., 3ªed., 1992) não vislumbrou relação entre o caso e a diretriz firmada a partir de *Griswold;* a minoritária, capitaneada pelo Justice Blackmun, considerou "the most comprehensive of rights and the right most value by civilized men, namely 'the right to be alone[41]'".

Em virtude desse contexto, sinale-se que a decisão tomada em *Hardwick* foi objeto de muitas críticas nos meios jurídicos norte-americanos. Enumero, dentre outros: Daniel Conkle (*The Second death of Substantive Due Process*, 62 Indiana Law Journal 215), Norman Vieira (*Hardwick and the Right of Privacy*, 55 University of Chicago Law Review 1057), Anne Goldstein (*History, Homosexuality and Political Values: Searching for the Hidden Determinantes of Bowers v. Hardwick*, 97 Yale Law Journal 1073).

Diante dessas circunstâncias, mesmo após *Hardwick*, continuou havendo discussão judicial acerca da legislação proibitiva de relações entre homossexuais. Assim, no caso *State v. Morales,* os integrantes da Corte de Apelações do Texas (1992) afirmaram: "We can think of nothing more fundamentally private and deserving of protection than sexual behavior between consenting adults in private. If so... it cannot be constitutional... to prohibit lesbians and gay men from engaging in the same conduct in which heterossexuals may legally engage.[42]" No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte do Kentucky, afastando diploma legal do mesmo teor (*Commonwealth v. Wasson*, 1992): "Kentucky Constitution offers greater protection of the right of privacy[43]".

A Corte Européia de Direitos Humanos, examinando hipóteses de discriminação por orientação sexual, sob a ótica do artigo 8º(1) da Convenção Européia de Direitos Humanos ("Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his

[41] "...o mais compreensivo dos direitos e o direito mais valioso dos homens civilizados, a saber, 'o direito de estar só'".

[42] "Nós não podemos pensar em nada mais fundamentalmente privado e merecedor de proteção do que a conduta sexual entre adultos praticada privadamente e em comum acordo. Se é assim... não pode ser constitucional... proibir lésbicas e gays de envolver na mesma conduta que heterossexuais legalmente podem."

[43] "A Constituição de Kentucky oferece maior proteção ao direito de privacidade."

correspondence[44]"), firmou sua diretriz ao apreciar o caso *Dudgeon v. UK* (1981), onde foi questionada proibição penal, oriunda da Irlanda do Norte, de atividade sexual entre homens: "the legal prohibition of private homosexual acts between consenting adults over 21 years of age breach the apllicant's right to respect for private life under article 8.[45]" Tal entendimento foi repetido nos casos *Norris v. Ireland* (1988) e *Modinos v. Cyprus* (1993). Em *Dudgeon*, a Corte entendeu que a proibição em tela foi "disproportionate to the aims sought to be achieved[46]".

Note-se que, com o ingresso dos países do Leste Europeu no Conselho da Europa, Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Polônia, Bulgária e Eslovênia descriminalizaram essa conduta; a Romênia, por sua vez, foi interpelada a mudar rapidamente o artigo 200 de seu Código Penal, descriminalizando atos homossexuais praticados privadamente entre adultos.

Anote-se, acerca da extensão do conceito de privacidade, o assentado pela Corte Européia ao apreciar *Niemitz v. Germany* (1992): "it would too restrictive to limit the notion [of 'private life'] to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears... to be no reason of principle why this understanding... should be taken to exclude activities of a professional or bussiness nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world[47]."

---

[44] "Qualquer um tem o direito ao respeito de sua vida familiar e privada, seu lar e sua correspondência."

[45] "a proibição legal de atos homossexuais privados entre adultos acordes de mais de 21 anos de idade viola o direito do querelante com respeito à vida privada sob o artigo 8º."

[46] "desproporcional às metas que buscavam ser atingidas."

[47] "Seria muito restritivo limitar a noção [de 'vida privada'] a um 'círculo interior' no qual o indivíduo possa viver sua vida pessoal como ele quiser e excluir inteiramente dai o mundo exterior não incluído neste círculo. O respeito pela vida privada também deve compreender em certo grau o direito de estabelecer e desenvolver

57
Justiça Federal
000098
1ª Instância/RS

No caso concreto, diante da constatação de que as negativas sofridas pelos autores violam (no mínimo indiretamente) sua esfera de liberdade pessoal constitucionalmente resguardada, mister a intervenção judicial, ora provocada, rechaçando tal intromissão.

A jurisprudência de nossos Tribunais, em diversas situações, já se defrontou com hipóteses de violação indireta de direitos, censurando-as. Exemplificativamente, trago à colação (HC 90.01.14099/GO - DJ 11-03-91):

"Penal. Habeas-corpus. Ordem de prisão preventiva decretada por juiz de uma seção judiciária (Minas Gerais) e cumprida diretamente pela polícia federal de outra seção (Goiás). Ilegalidade. Violação indireta de direito individual, assegurado em norma processual penal (CPP, art. 289). Soltura do paciente. Falta de objeto do 'writ'. Arquivamento dos autos.

I. A garantia individual pode estar, como 'in casu', em norma de prescrição negativa. O juiz federal de uma seção judiciária (Minas Gerais) não pode expedir ordem para que a polícia federal de outra seção (Goiás) cumpra diretamente ordem de prisão. Violado restou o art. 289 do CPP, uma vez que não se expediu precatória para o juiz onde se efetivou a prisão. Soltura, ainda que tardia, do paciente.

II. 'Writ' prejudicado. Arquivamento dos autos." (Relator JUIZ ADHEMAR MACIEL)

Relembre-se, outrossim, que ofensas indiretas à Constituição são matéria juridicamente relevante, cuja existência o Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda que, em muitos casos, por razões exclusivamente processuais, não conheça de recurso extraordinário contra elas manejado. Cuida-se, pois, de matéria totalmente pertinente para o exame das instâncias judiciárias locais, provocando, em algumas hipóteses, o pronunciamento do Excelso Pretório.

---

relacionamentos com outros seres humanos. Parece... não haver razão de princípio porque este entendimento... deve ser tomado para excluir atividades de uma natureza profissional ou de negócios desde que, no final das contas, é no desenrolar de suas vidas de trabalho que a maioria das pessoas tem uma significativa oportunidade, senão a maior, de desenvolver relacionamentos com o mundo exterior."

58
Justiça Federal
000099
1ª Instância/RS

A esse respeito, julgado recente pontuou:

"DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatório do próprio estatuto da cooperativa." (Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, 2ª Turma, Min. Marco Aurélio, unânime, DJU 07.07.1996).

4. Da incidência do direito internacional e sua relação com o direito interno

Todos esses elementos demonstram, firmemente, que não há espaço, no atual estágio do desenvolvimento do direito consitucional brasileiro, para a discriminação sofrida pelos autores no caso concreto. A amplitude dos direitos fundamentais ofendidos pelo discrimen não autoriza, de forma alguma, a resistência oferecida pelas demandadas.

59
Justiça Federal
000100
1ª Instância/RS

A enunciação dos direitos constitucionais envolvidos na espécie, assim como sua interpretação (abalizada pela maturação destes problemas, enfrentados já há algum tempo na América do Norte e no continente europeu) não deixa dúvidas quanto à ilegitimidade da desequiparação, diante da concretude deste litígio.

Diga-se, a propósito, que nosso ordenamento jurídico também está, paulatinamente, exprimindo, literalmente, a já presente (Constituição da República, art. 1º, III; art. 5º, *caput* e inciso I; artigo 7º, XXX, dentre outros) vedação de discriminação por orientação sexual, em casos como este. Efetivamente, trago alguns diplomas nacionais, explícitos quanto ao tema:

1. Constituição do Estado do Mato Grosso:

Art. 10 - O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados, na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos seguintes termos:

(...)

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição."

2. Constituição do Estado de Sergipe:

Art. 3º - O Estado assegura por suas leis e pelos atos de seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na

Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei;

Ao lado dessas considerações de direito nacional e estrangeiro, também possuem eficácia normativa dentre nós os Tratados e Convenções Internacionais, dos quais o Brasil seja parte.

Desse modo, além da compreensão do respeito devido à esfera da liberdade sexual, como exigência de nosso direito nacional (na esteira dos precedentes de direito estrangeiro), gize-se que, ***na esfera do direito internacional***, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, aplicando a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos (da qual o Brasil é signatário), decidiu que a legislação proibitiva de relações sexuais anais e orais entre homossexuais constitui interferência arbitrária na privacidade, afrontando os artigos 17(1) e 2(1) da Convenção. Ponderou que "it is undisputed that adult consensual sexual activity in private is covered by the concept of privacy[48]". Refutando a defesa, afirmou a irrazoabilidade da discriminação incriminadora, por não demonstrar "a reasonable means or proportionate measure to achieve the aim of preventing the spread of AIDS/HIV[49]", nem ser "essential to the protection of morals[50]".

Ora, tendo nosso país aderido a este pacto internacional, não há como negar a relevância dessa decisão no plano do direito interno, ainda mais diante do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição

[48] "...é indiscutível que uma atividade sexual adulta e consensual, em ambiente privado, é coberta pelo conceito de privacidade."
[49] "meios razoáveis ou medidas proporcionais para alcançar a meta de prevenção do contágio de AIDS/HIV".
[50] "nem ser essencial para a proteção da moral."

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.").

Igualmente na esfera do direito internacional, é de rigor registrar-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil também é signatário. Suas disposições aplicam-se ao caso, seja na esteira do precedente acima citado (em que a Organização das Nações Unidas reconheceu ilegítima a interferência na vida sexual privada de homossexuais adultos), seja no que concerne ao respeito à dignidade humana, seja na trilha do princípio da igualdade.

Dispõe a Convenção, cuja observância é obrigatória no direito brasileiro:

"5(1) Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

7(1) Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

11(1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

11(2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.

11(3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

24. Todas as pessoas são iguais ante à lei. Em conseqüência, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei."

Como se infere de seu texto, não há como se duvidar - bastando, para tanto, os mandamentos de nossa Constituição de 1988 - da pertinência do princípio da isonomia (inclusive invocado como 'igual proteção da lei', na esteira da 'equal protection' norte-americana e canadense), da proibição de discriminação sexual, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do resguardo da privacidade como fundamentos impeditivos da desequiparação posta em xeque neste feito.

5. Do conflito entre os preconceitos e o atual estágio do conhecimento científico

Tendo sido demonstrado, do ponto de vista jurídico, a ilegitimidade da recusa das rés ao ingresso do segundo litisconsorte no PAMS e na Funcef (há ofensa por discriminição sexual, por desrespeito ao princípio da isonomia, por esquecimento da cláusula constitucional da dignidade humana, por ataque reflexo à liberdade pessoal e sexual, por eleição de fator de discrímen desarrazoado), é necessário apontar, sumariamente, o caráter infundado de pretensas justificativas para a desequiparação que almejam fazer as demandadas, no caso concreto. A tanto procedo - como indicado acima - a fim de demonstrar a imprestabilidade de preconceitos como dados autorizadores de desequiparações jurídicas.

Noticio, brevemente, abordagens de algumas ciências acerca do homossexualismo.

Sigmund Freud, o pai da psicanálise, já alertara, nos primórdios dessa ciência, que a repressão da sexualidade operada pela sociedade ocidental contemporânea é causa fundamental para a eclosão das doenças nervosas (psiconeuroses), a que todos estão sujeitos e a muitos atingem, homens ou mulheres, heterossexuais ou homossexuais, casados ou solteiros. "Uma das óbvias injustiças sociais" - disse Freud - "é que os padrões de civilização exigem de todos uma idêntica conduta sexual, conduta esta que pode ser observada sem dificuldades por alguns indivíduos, graças às suas organizações, mas que impõe a outros os mais pesados sacrifícios psíquicos."

Fica patenteada, pois, a necessidade de respeito à identidade das pessoas homossexuais, parte que integra fundamentalmente sua dignidade pessoal, que não deve ser objeto de invariável transformação ou repressão, a custos pessoais enormes e desestruturantes da personalidade.

José Mª Fernandez-Martos, em estudo denominado *Psicologia e Homossexualidade* (integrante da obra

Homossexualidade: Ciência e Consciência, vários autores, Ed. Loyola, São Paulo, 2ª ed., 1995) alerta: "A psicologia científica tem de reconhecer, de entrada, que com respeito à homossexualidade *é imensamente mais o que ignora que o que sabe*. Como nos tempos que precederam aos primeiros descobrimentos, apenas temos alguns mapas maltraçados e bem mais fruto de nossas suspeitas e intuições - também de nossos preconceitos - que de autênticas comprovações cientificamente válida."

Ultrapassado qualquer *parti-pris* preconceituoso ou cientificamente intransigente, colhe-se em respeitados manuais de psiquiatria a notícia do atual estágio da questão:

"A Associação Americana de Psiquiatria, em abril de 1974, estabeleceu que a homossexualidade *per se* não é uma perturbação mental e não deveria mais se relacionada como tal. Em seu lugar, foi criada nova categoria de "distúrbio de orientação sexual". No MDE-III, o distúrbio de orientação sexual foi omitido, sendo mencionada uma classificação de "homossexualidade ego-distônica" sob uma categoria maior de "perturbações psicossexuais". (...) Um comentário introdutório prolongado, para a classificação da homossexualidade, mais uma vez salienta que a homossexualidade por si não constitui perturbação mental e não deve ser classificada como tal. O MDE-III menciona, entretanto, que para algumas pessoas há uma aflição persistente associada com a preferência por parceiros do mesmo sexo e que a pessoa experimenta forte necessidade de mudar o comportamento ou, pelo menos, de aliviar a aflição associada com a homossexualidade. Essas pessoas sofrem de "homossexualidade ego-distônica". (...) Na ausência de angústia por ser homossexual ou do desejo de tornar-se heterossexual, o diagnóstico de "homossexualidade ego-distônica" não pode ser feito. (...) A homossexualidade *per se* não é considerada perturbação mental." (Kaplan e Sadock, *Compêndio de Psiquiatria Dinâmica*, Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 4º ed., 1988, págs. 484/487).

Vale dizer, conforme a evolução até hoje experimentada pela psiquiatria, a homossexualidade, por si, ausente quadro relacionado de aflição persistente ou desejo de mudança de orientação sexual, não é considerada doença.

O já citado Fernandez-Martos, no estudo *Esclarecimentos Fundamentais: nome, definição, tipos e normalidade* (Op. Cit., pág. 14), alerta que a classificação da homossexualidade como doença, a partir de um quadro de normalidade meramente estatístico, configura injusta simplificação "'...à impressionante complexidade da sexualidade humana, com dados como a não-diferenciação sexual até a terceira semana de gestação, os entrecruzamentos das diferenças ao nível genético e sem diferenciação gonadal; ao nível gonadal e não morfológico, a bissexualidade consubstancial ao homem, a complicadíssima peripécia da diferenciação psicológica na primeira infância e na adolescência etc. Todos estes fatos indicam que a homossexualidade é uma variante, se preferível, não desejável, porém lógica e normal dentro do vastíssimo reino da sexualidade humana."

Martin Hoffman, psiquiatra social, concluindo estudo científico que realizou junto à comunidade homossexual de São Francisco (entre 1965 e 1968, subvencionado pelo Instituto Nacional de Saúde Mental, órgão do *United States Public Health Service*), apontou que "... a melhor solução para o problema da homossexualidade assemelha-se à solução do problema da diferença religiosa, ou seja, uma *tolerância radical para com a escolha do objeto homossexual*, seja como um segmento de existência sexual de um indivíduo, ou como uma completa adoção da homossexualidade, como um modo de vida. Sugiro que encaremos os homossexuais como um grupo minoritário, e consideremos seriamente a possibilidade de conceder-lhes direitos legais e privilégios sociais completos, que na verdade *oferecemos* a alguns grupos minoritários (por exemplo, católicos romanos) e que pretendemos dar a outros. (...) Estas modificações específicas necessitariam, em grande parte, de virem acompanhadas de uma modificação real na atitute geral em relação à homossexualidade. Em lugar do considerar essa tendência sexual vergonhosa, ou mesmo uma doença mental, a sociedade deveria encará-la como realmente é, ou seja, uma variação do impulso sexual, que é um dos possíveis resultados do desenvolvimento sexual humano e - mais importante - que não prejudica a ninguém. Se a atitude social tomasse essa direção, a conexão causal entre homossexualidade e psicopatologia - que atualmente existe em certas formas, como indiquei nos capítulos precedentes - desapareceria." (*O Sexo Equívoco: a Homossexualidade*

masculina e a criação social de um estigma, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1970, pág. 174-5).

Uma abordagem sociológica (*Sociologia da Homossexualidade: uma aproximação*, Pablo Lasso, in *Homossexualidade: Ciência e Consciência*, pág. 65ss), por sua vez, conclui, dentre outros dados, pela: (1) similitude das características psicológicas entre heterossexuais e homossexuais; (2) mesmo grau de utilização de álcool e drogras proibidas entre heterossexuais e homossexuais; (3) satisfação generalizada consigo mesmo entre os homossexuais não-afeminados, tendo os afeminados manifestado maior tendência à ansiedade; (4) compatibilidade da condição homossexual com os padrões de saúde mental (a boa constituição psíquica dos homossexuais se comprova pela superação da sobrecarga de tensões a que geralmente os são submetidos); (5) mesmo nível de crítica, entre os homossexuais e heterossexuais, relativo à prostituição; (6) inexistência de uma sociedade homossexual incrustrada na heterossexual, devendo-se falar em relação homossexuais num meio heterossexual.

Como se pode ver, do ponto de vista da Psicologia, Psiquiatria e Sociologia inexiste fundamento capaz de justificar a discriminação restritiva sofrida pelos autores no caso *sub examine*.

Da mesma forma, se considerarmos os aspectos biológicos, neles não encontraremos plausibilidade para a negativa imposta aos litisconsortes ativos. Com efeito, nessa área de conhecimento também não há espaço para qualquer resposta segura sobre a origem do homossexualismo, muito menos motivo suficiente para qualquer discriminação do jaez da imposta aos demandantes. Nesse sentido, veja-se *Biologia da Homossexualidade Humana: transição ou salto*, Javier Gafo, in *Homossexualidade: Ciência e Consciência*, pág. 17ss).

Sinale-se que a doutrina norte-americana (*Harvard Survey* - 1989 - *Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law*, 102. Harvard Law Review 1508 *apud* Robert Wintemute, pág. 203), tratando de possível distinção biológica a legitimar a criminalização de sexo anal ou oral tão-só entre homossexuais, considerou "no biological differences because the physical acts themselves - anal and

oral sex - are the same whether between a man and a woman or two persons of the same sex; the difference is the cultural significance attached to the gender of the participants[51]."

Dentre as ciências sociais, releva sublinhar a crítica antropológica em relação à discriminação experimentada por homossexuais. Peter Fray, em ensaio denominado *Da Hierarquia à Igualdade: a Construção Histórica da Homossexualidade no Brasil* (in *Para Inglês Ver - Identidade e Política na Cultura Brasileira*, Rio de Janeiro, Zahar, 1982), relativiza a distinção entre pessoas com base em uma 'naturalidade do sexo': cuida-se, muito antes, de uma construção social que deita raízes nos padrões culturais, essencialmente mutáveis e relativos no desenrolar da história das sociedades. Descrevendo as diversas concepções acerca da homossexualidade no Brasil, cambiantes conforme a classe social e a época, aponta para a relatividade de qualquer traço que queira ser eleito como "legítimo e natural" fator de discriminação. E conclui: "Se é verdade que a sexualidade, como qualquer atividade social, é construída ideologicamente de acordo com as contradições da sociedade como um todo, e que portanto ela 'fala' dos princípios nem sempre consistentes que regem a vida social, qual a sua especificidade em relação aos demais comportamentos sociais? Aventuro-me a sugerir que as noções de hierarquia e igualdade, quando expressas através da linguagem do sexo, calam mais fundo na consciência do que através de quaisquer outras linguagens. Esta sugestão tem como pressuposto que, pelo menos num sentido, Freud está com a razão quando coloca a sexualidade na base da psique e da sociedade. Em contrapartida, e como resultado dos argumentos aqui desenvolvidos, ela supõe também que a sexualidade, antes de ser uma substância, uma condição da natureza humana, é sobretudo uma condição social. Daí o seu caráter histórico. Daí a sua variedade de sentidos e de interpretações. Mas não qualquer sentido ou qualquer interpretação. Apenas aquelas constituídas historicamente no interior de sistemas de representações sociais mais abrangentes. Entretanto, se a sexualidade é

[51] "Inexistir diferenças biológicas pois os atos físicos por si mesmos - sexo anal e oral - são os mesmos tanto entre um homem e uma mulher ou entre duas pessoas do mesmo sexo; a diferença é o significado cultural associado ao gênero dos participantes."

parte desses sistemas e se o seu sentido é informado por eles, é preciso não esquecer que, por ser uma parte privilegiada, ela também informa e lhes dá orientação. E aqui voltamos a reencontrar a proposição de Freud. Entre as conseqüências geradas por essa tensão entre o que o sexo "é" e aquilo em que ele se transforma, não seria talvez absurdo incluir a de que a sua "naturalidade" é uma entre outras das suas representações sociais." (Pág. 112).

Essa abordagem, sob uma perspectiva mais geral, considerada a evolução histórica desde o Oriente Antigo até nossos dias, também é encontrada no capítulo *Homosexuality: from sin to sickness to life-style*, de P. Conrad e S. Schneider (in *Deviance and Medicalization*, Temple Univ. Press, 1992).

Concluindo essa seção, colaciono a advertência de John Stuart Mill, um dos clássicos do pensamento político, acerca da necessidade de respeito às diversas formas de conduta, postura - nesse ponto - coincidente com a abordagem antropológica: "Falei da importância que há em dar às coisas não costumeiras a mais livre expansão possível a fim de que se possa verificar, oportunamente, quais dentre elas se revelam próprias para se converterem em costumes. Mas a independência da ação e o desprezo pelo costume não merecem encorajamento só pela possibilidade que proporcionam, de se criarem formas melhores de ação e costumes mais dignos de acolhimento. Nem apenas as pessoas de decidida superioridade mental possuem justo título a orientarem a vida de uma maneira autônoma. Não há razão para que toda a existência humana se construa por um só modelo, ou por um pequeno número de modelos. Se se possui tolerável soma de senso comum e de experiência, o modo próprio de dispor a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas porque é o próprio. Os homens não são como os carneiros, e mesmo os carneiros não são indistintamente iguais. Um homem não pode adquirir um casaco ou um par de botas que lhe sirvam sem que se tenham feito à sua medida, ou sem que os escolha dentre um completo sortimento - e é, porventura, mais fácil provê-lo de uma vida do que de um casaco? Ou serão as criaturas humanas mais semelhantes entre si pelo conjunto da formação física e espiritual, do que pelo feitio dos pés? Se os indivíduos só apresentassem diversidades de gosto, já haveria nisso razão suficiente para não se tentar talhá-los por um único modelo. Mas, além disso, pessoas diferentes requerem condições

diferentes de desenvolvimento, e a identidade de atmosfera e clima moral pode não lhes convir mais do que convém à generalidade das espécies de plantas a identidade de atmosfera e clima físico. Aquilo que auxilia o cultivo da natureza mais elevada de um, impede-o a outro. Para um, certo modo de vida é estímulo sadio, mantendo na melhor ordem as suas faculdades de ação e de gozo; para outro, é carga pesada que paralisa ou aniquila toda sua vida interna. A diversidade das fontes de prazer, das disposições para a dor, dos efeitos íntimos das várias ações físicas e morais, é tal nos seres humanos que eles não obtêm o seu justo quinhão de felicidade, nem se elevam à estatura mental, moral e estética de que a sua natureza é capaz, sem que exista uma correspondente diversidade nos seus modos de vida. Por que, então se limitará a tolerância, na medida em que o sentimento público está em causa, aos gostos e modos de vida a que é em virtude da massa dos seus aderentes que se aquiesce?"[52] (*Sobre a liberdade*, 2ª ed., Petrópolis, Ed. Vozes, 1991, pág. 108).

[52] Mais adiante, comentando a perseguição institucional (interdição judicial por acusação de alienação mental) àqueles que ousam exercer a liberdade em uma sociedade intolerante, prossegue J. S. Mill: "Existe algo de desprezível, e também de espantoso, na espécie de prova que se tem requerido ultimamente para a declaração judicial da incapacidade de gerir os próprios negócios. (...) Todas as minúcias da vida quotidiana são meticulosamente investigadas, e tudo que, visto através das faculdades de percepção e descrição do mais mesquinho entre os mesquinhos, se aparente diverso do lugar-comum absoluto, é apresentado ao júri como prova de insanidade. E com freqüente sucesso, uma vez que os jurados, quando não são tão vulgares e ignorantes como as testemunhas, o são pouco menos, e que os juízes, com essa extraordinária falta de conhecimento da natureza e da vida humana que nos surpreende nos legistas ingleses, muitas vezes auxiliam a obra de mal orientar os jurados. Esses julgamentos valem por volumes que se escrevessem sobre o estado do sentimento e da opinião, no seio do vulgo, relativamente à liberdade humana. Ao contrário de atribuirem algum valor à individualidade - de respeitarem o direito de cada qual a agir, nas coisas indiferentes, como bem lhes pareça ao entendimento e à inclinação - juízes e jurados não podem conceber que alguém, em estado de sanidade, possa querer uma tal liberdade. Em dias anteriores, quando se propôs queimar os ateus, pessoas caridosas sugeriram colocá-los em hospícios, ao invés de os queimar. Não seria surpreender viéssemos a ver isso nos nossos dias, bem como os aplausos dos autores da medida a si mesmos, por terem adotado, em lugar da perseguição por motivos religiosos, um modo tão humano e tão cristão de tratar esses infelizes. Aplausos que se somariam à muda satisfação por haverem os ateus obtido, dessa forma, o que mereciam." (Op. Cit. P. 110)

6. Da intervenção judicial no caso concreto e do agravamento dos efeitos da ilegítima discriminação diante da síndrome de imunodeficiência adquirida

No apreciação judicial das relações jurídicas travadas no âmbito do Direito Privado, experimentou-se, no decorrer dos anos, uma crescente preocupação com a justiça material e a busca da igualdade real entre os sujeitos envolvidos, bem como a observância dos interesses sociais direta ou reflexamente atingidos.

No caso em tela, está-se a impedir a inclusão do segundo demandante em Plano de Assistência Médica no qual seu companheiro participa na condição de empregado da CEF, bem como seu ingresso em entidade de previdência privada (Funcef).

Ora, constatada a ilegitimidade constitucional das restrições alegadas (consoante a fundamentação até aqui exposta), afigura-se imprescindível, mediante a devida provocação, a intervenção judicial.

"O direito privado" - ensinou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, Rio de Janeiro, Ed. Aide, 1991, pág. 237) - "é um *sistema aberto* e sofre, conforme 'o campo de vida típico da sociedade', maior ou menor influência do direito público, com limitações aos princípios de independência, liberdade e autonomia privada, o que é feito para a preservação de interesses sociais. O contrato é certamente, o ambiente onde maior é o grau de liberdade e independência do indivíduo, mas, mesmo aí, há limitações e se faz presente 'o pensamento ético do enquadramento social do indivíduo e conseqüente responsabilidade social. Ele atua na ampliação do princípio de 'fidelidade e fé' nas mais diversas aplicações sobre todos os institutos jurídicos, na integração da teoria da vontade através do princípio da proteção, da confiança e a extensão de feitos contratuais sobre relações jurídicas sem completa união de vontade, no esforço e direção à *justiça contratual material*, na modificação das bases do negócio, na limitação do uso da propriedade através da ênfase em sua vinculação social, na ampliação da responsabilidade por dano contratual, delituosa ou objetiva - apenas para nomear os exemplos mais marcantes. Já onde os interesses e as relações individuais recuam ante necessidades

elementares do indivíduo (moradia, alimentação, vestuário, etc.), estão contratos que sofrem crescente influência do direito público (locação, parcelamento do solo, etc.). Essa visão de RAISER, de um direito privado como sistema aberto, com campos escalonados de interesses, onde se situam áreas de maior ou menor publicização, serve para mostrar a resolução (e a revisão dos contratos) como ato que deve atender à maior ou menor influência publicística, conforme o 'papel' vital desempenhado pelo contrato em exame e sua situação na vida de relação."

Efetivamente, a intervenção judicial nos atos praticados sob o pálio do direito privado (onde desponta, por sua importância, a esfera contratual) é resultante da evolução dos sistemas jurídicos em direção ao equilíbrio entre os ideais de liberdade, justiça e eqüidade, sem o quais o direito voltaria as costas ao quadro negocial verdadeiramente considerado pelas partes e às mais profundas aspirações humanas em um regime democrático (nesse diapasão, a memorável fundamentação do voto do então Desembargador Ruy Rosado, na Apelação Cível nº 588059113, RJTJRGS nº 138/134) . A jurisprudência tem assim procedido, como, *verbi gratia*, se constata pelo exame da Apelação Cível nº 587050220 (RJTJRGS nº 128/306).

In casu, desempenhando os instrumentos jurídicos envolvidos papel vital na vida de relação - dada a natureza de assistência médica e social dos benefícios que permitem acessar -, não se pode admitir uma esfera de liberdade e independência intocável, à custa de ofensa à Constituição e à própria concepção do direito privado como sistema aberto.

Visualizada a questão sob essa ótica, e tendo em mente que os benefícios perseguidos devem ser enquadrados no âmbito maior da Ordem Social na Constituição (que vislumbra nas ações de saúde, públicas ou privadas, indisputável relevância, nos termos do artigo 197), torna-se imperioso rechaçar qualquer regulamentação abusiva por parte das rés (ainda que calcada em dispositivo legal inconstitucional). Vale dizer, ao estabelecer suas cláusulas, o titular e proponente do regime de benefícios, exercitando seu poder de agir, tem de atentar para a finalidade objetiva e a função econômica-social que o ordenamento jurídico atribuiu à sua iniciativa. Por conseguinte, não é legítima a elaboração e interpretação do

regime de ingresso no PAMS e na Funcef, que, além de ferir os direitos humanos dos autores, atenta contra a finalidade objetiva e a função econômica e social das iniciativas das rés, dada a relevância constitucional das ações públicas e privadas na área da saúde.

Essa diretriz só se reforça se considerarmos a regulação contratual dos planos de saúde e o regime das entidades de previdência privada à luz do Código de Defesa do Consumidor, como demonstram Arnaldo Rizzardo (*O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada*, Rev. Ajuris 64/78) e Cláudia Lima Marques (*A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil*, Rev. Ajuris 64/34).

Outrossim, a aceitação da tese esboçada pelas rés geraria ainda mais injustiça. Não fosse suficiente a violação sistemática e reiterada dos diversos dispositivos constitucionais invocados, e a abusividade da cláusula restritiva (sempre diante do caso concreto), dar guarida ao procedimento das demandadas acarretaria discriminação diante de pessoas contaminadas pelo vírus HIV. A discriminação é tão presente que provocou manifestação expressa da Organização Mundial de Saúde (Resolução 41.24, 13 de maio de 1988), preocupada com a dignidade, privacidade, possibilidade de emprego e livre locomoção de pessoas infectadas.

Essa temática (discriminação em relação a soropositivos) desperta debates e litígios em nossos meios jurídicos, como se pode ver, exemplificativamente, tanto na doutrina como na jurisprudência: STJ, RHC 517/PR - DJ 28-05-90; STJ, MS 845/DF - DJ 16-03-92; STJ, RHC 2199/PR - DJ 07-12-92; TRF/2ª, ACR 89.02.12338/RJ - DJ 17-01-91; TRF/2ª, AG 91.02.05389/RJ - DJ 23-04-91; TRF/2ª, AG 91.02.13330/RJ -DJ 17-09-91; TRF/2ª, AC 92.02.11942/RJ - DJ 16-10-92; TRF/2ª, MS 91.02.20302/RJ - DJ 01-06-93; TRF/2ª, AC 94.02.04623/RJ - DJ 11-10-94; TRF/2ª, AC 92.02.10491/RJ - DJ 06-06-95; TRF/4ª, AC 92.04.22371/RS - DJ 15-12-93; TRF/4ª, AC 95.04.41672/RS - DJ 06-12-95; *Aids e Direito do Trabalho*, Edno Antônio Gomes e Maximiliano Nagi Garcez, Informativo Bonijuris, 1995, p. 2506; *O Aidético e o Contrato de Trabalho*, José Wilson Ferreira Sobrinho, Rev. Ltr 60/176; *Reintegração no emprego de*

empregado aidético, Sérgio Pinto Martins, Rep. Jurisp. IOB, nº 19/95, p. 271; *Aspectos Jurídicos da AIDS*, R. Limongi França, RT 661/14; *Aids e Tutela Constitucional da Intimidade*, Carlyle Popp, RIL 115/139; *A Aids perante o Direito*, Licinio Barbosa, RIL 118/473; *Da Adis e do Direito*, Irineu Antonio Pedrotti, RT 690/295; *Responsabilidade Médico-Sanitária e* AIDS, Carlos Maria Romeo Casabona, Rev. Bras. De Ciências Criminais, nºs 02 e 02; Aids *e Direito*, Dani Rudnicki, Liv. Adv. Ed., 1996.

Releva anotar, por pertinente ao caso concreto, levantamento estatístico constante do acima citado *Aids e Direito*. Dos casos tabulados, referentes a atendimentos no GAPA (Grupo de Apoio à Prevenção da AIDS) do Rio Grande do Sul, quase a metade (44,1%) disse respeito à proteção previdenciária, à semelhança da hipótese ora discutida.

Esse dado revela, exatamente, o impacto, em termos de justiça social, que a desconsideração dos fundamentos jurídicos ora explicitados provoca; essa circunstância, como se sabe, não pode fugir aos olhos do intérprete. A preocupação com a justiça material deve sempre sensibilizar o Judiciário (cito, dentre inumerável doutrina e incontáveis precedentes: STJ, ROMS 703/RS, DJU 18.03.1991).

7. Da antijuridicidade da resistência oposta pelas rés e da justiça material exigida pelo ordenamento

Dentre os argumentos expendidos pelas demandadas em sua defesa, consta, por parte da CEF, a invocação do princípio da legalidade. Inexistindo literal previsão legislativa, estaria impedida a inclusão do segundo litisconsorte no PAMS.

O argumento não procede. Tendo como premissa a inconstitucionalidade da exigência da configuração de união estável para os efeitos de ingresso no plano de saúde - por violados os direitos fundamentais acima expressos (ofensa ao princípio da isonomia, limitação indevida da esfera da privacidade, atentado contra a dignidade da pessoa

humana) - não há qualquer óbice ao ingresso do companheiro do primeiro autor no PAMS e na Funcef.

A exigência regulamentar, assim posta, restringe-se à qualidade de companheiro com dois anos ou mais de convívio, circunstância fática satisfeita nos autos.

De fato, a inicial afirma - e traz consigo robustas provas documentais - a vida em comum há bem mais de dois anos; as contestações, não se insurgiram contra tal dado, incidindo pois a regra que faz presumirem-se verazes os fatos afirmados com a inicial e não contestados. Além disso, intimadas as partes para requererem provas, permaneceram silentes, nenhuma dilação almejando (no que pertine a esse aspecto). Nem se diga que havia pedido implícito, com a contestação, de produção de prova testemunhal, não bastasse os inúmeros documentos juntados com a exordial. Conforme já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, "o desatendimento a despacho determinando especificação de provas, ainda mais seguido de apresentação de memoriais, importa renúncia àquelas pelas quais prostetara a parte" (RP 26/263); o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua vez, assentou que "o silêncio das partes ante o despacho que determina a especificação de provas importa renúncia. Se, na inicial ou na contestação, as provas já foram requeridas, e o juiz, mesmo assim, ordena, no saneador, que haja especificação, deve a parte se manifestar, sob pena de se entender que houve desistência." (AC 91.01.03350-6, Juiz Tourinho Neto, DJU 15.04.1991); o então Juiz Adhemar Maciel, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, também teve oportunidade de lavrar acórdão no mesmo sentido: "A embargante/apelante, por ocasião da especificação de provas, manteve-se silente. Preclusa ficou sua oportunidade de pedir prova pericial. Não se pode, então, falar de cerceamento de defesa." (AC 91.01.15181-9, DJU 24.02.1992). Muito menos serve para caracterizar qualquer empeço à defesa a alegação do protesto genérico, na contestação, pela produção de provas: "o mero protesto, contido na inicial, pela produção de todo tipo de provas admitidas em direito, de forma genérica, não tem potência suficiente a erigir cerceamento de defesa, acaso não deferidas." (TRF - 4ª Região, RO 90.04.17277, Juiz Osvaldo Alvarez, DJU 27.11.1991); no mesmo sentido: "se a parte, instada a especificar provas, queda-se em silêncio, não pode, posteriormente, alegar cerceamento de defesa, mesmo

que tenha, antes, protestado pela produção de provas." (AC 91.01.06132/MG, DJU 10.06.1991. Indico, por fim, sustentação doutrinária para a orientação jurisprudencial pacífica e aqui acolhida: Pedro Henrique Távora Niess, "*A Especificação de Provas no Processo Civil*" (RT 681/66).

Com relação à condição de companheiro vivida entre os litisconsortes ativos, sublinhe-se que estão presentes todos os requisitos exigidos: vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas. Não se alegue, contra tal realidade, a ausência de expressa previsão legislativa. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as relações concubinárias, mesmo antes de seu reconhecimento legislativo, sustentou que essa circunstância não impedia se concedesse à concubina direitos, como se pode ver em judicioso voto do Ministro Aliomar Baleeiro, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 68.952 - SP. Mesmo que o adequado dimensionamento deste litígio encontre abrigo nos direitos humanos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República - e não (pelo menos no caso concreto) na seara do direito de família -, vale sublinhar que a conclusão ora sustentada vai ao encontro da evolução deste ramo do direito civil, em que passo a passo venceu a valorização da afetividade humana sobre as formalidades sociais e legais. Isso é o que demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, nos Recursos Especiais nº 13.564/MG (DJU 11.11.1991, pág. 16.152) e nº 21.697/SP (DJU 27.09.1993, pág. 19.823). A doutrina também marca essa diretriz fundamental. Trago à colação, dentre outros: Carlos Celso Orcesi da Costa (*Tratado do Casamento e do Divórcio: constituição, invalidade e dissolução*, São Paulo, Saraiva, 1987, precipuamente o Capítulo XVI - Deveres Recíprocos: dever de assistência); Orlando Gomes (*O Novo Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984: "O casamento tem uma *ratio* que as legislações mais recentes tomam em consideração para reformar o direito de família tradicional. Impõe-se cada dia, em todas as partes, generalizando-se, a convicção de que a *ratio* do casamento na atualidade é o sentimento que sustenta a comunhão espiritual e material de vida própria do casamento e sua razão de ser, chama-se amor, afeição, dedicação recíproca ou até *mutuum adjutorium*. - pág. 25); José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990: "Fundamental é notar que o *sentido* da relação matrimonial melhor se expressa pela noção

de *comunhão de vida* do que pela análise descritiva de direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial, que o casamento cria." - pág. 291); Sérgio Gischkow Pereira (*Tendências Modernas do Direito de Família*, Revista Ajuris 42: "O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnem de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia." - pág. 52).

Desse modo, é de se rejeitar a alegação da CEF, de que estaria impedida de aceitar o segundo autor em virtude do princípio da legalidade. Este, inclusive no seio da Administração Pública, é hoje entendido como principio de juridicidade: "en su sentido más amplio el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la Administración, mediante actos administrativos y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo com sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el 'bloque de la legalidad' y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también *principio de juridicidad.*" (Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional - Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987, p. 157). Nesse sentido, arrolo também Jorge Reis Novaes (*Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, acima referenciada).

Finalizando, saliento que o labor hermenêutico aqui empreendido inspira-se na busca de uma decisão que, humana na sua sensibilidade, firme na sua convicção e prudente no limite do caso concreto, concilie, no seio de uma ordem jurídica democrática, justeza sistemática e justiça material[53], razão e intuição[54].

[53] Claus - Wilhelm Canaris, no já citado *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, discorrendo sobre essa inspiração, recomenda "...cuidado quando se critique uma solução 'justa perante o sistema' com recurso à 'justiça material'. Pois a oposição que subjaz a uma tal argumentação não existe,

8. Do exame da ação cautelar incidental e da concessão da tutela antecipada requerida na inicial

Quanto à ação cautelar, extingo-a por inadequação absoluta deste meio processual ao pedido nela veiculado, visto que o pedido é satisfativo, e não assegurativo.

No azo, valho-me da lição de Ovídio Baptista da Silva acerca da conceituação de **satisfatividade de um direito**, que, nas palavras dele, equivale a sua "**realização** concreta e objetiva. Satisfazer um direito... é realizá-lo concretamente, no plano das relações humanas" (Curso de Processo Civil, vol. III, p. 21).

Em verdade, as cautelares visam a **assegurar** (e não a realizar), o direito, protegendo-o do perecimento que estaria sujeito face às condições fáticas adversas. Visa, pois, a garantir que o afirmado direito (ou outro interesse juridicamente relevante), por via de um juizo de verossimilhança levado a cabo em um procedimento de urgência, seja respaldado, guarnecido, **assegurado** pela tutela jurisdicional sem, no entanto, conferir a nenhuma das partes a realização, satisfação deste direito

---

fundamentalmente, de forma alguma; pelo contrário, o sistema, como conjunto de todos os valores fundamentais constitutivos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material, tal como esta se desenvolve e representa na ordem jurídica positiva; com razão caracterizou, por isso, Coing o sistema como a tentativa de 'comportar o conjunto da justiça com referência a uma determinada forma de vida social num conjunto de princípios racionais, e tendo mesmo Larenz equiparado-o a uma 'idéia de direito historicamente concretizada'. Nesta seqüência deve-se, por isso, acentuar ainda mais expressamente os argumentos sistemáticos, por definição, nada mais representam do que os valores fundamentais da lei pensados, até o fim, em termos de igualdade e que a sua legitimidade e a sua força reguladora resultam, em simultâneo, da autoridade do direito positivo e da dignidade do princípio da justiça." (Pág. 190-1)

[54] "Não digo, como ouvi repetir, que a inteligência excessiva seja prejudicial ao juiz; digo que o juiz ótimo é aquele em que prevalece, sobre a cauta cerebralidade, a pronta intuição humana. O senso de justiça, pelo qual, sabidos os fatos, logo se sente quem está com a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito - como na música, em que a maior inteligência não consegue suprir a falta de ouvido." (Calamandrei, *Eles, os juízes, vistos por um advogado.*).

(*lato sensu*) protegido. "Para compreender melhor a natureza da simples segurança (cautelar), é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado uma simples 'segurança-da-execução' ou, ao contrário, seu resultado seja uma 'execução para segurança'. Quem executa para segurança, antes de mais nada **executa**, ao contrário de quem apenas **assegura** uma futura execução. Quem, ante uma situação de urgência que faça periclitar a incolumidade do direito, desde logo o **realiza**, obtendo do juiz antecipadamente o mesmo resultado que somente a sentença final lhe poderia dar, se a demanda fosse procedente, não teria limitado a segurança do direito litigioso, mas sua **satisfação** imediata, embora provisória e sujeita a ser confirmada pela sentença final" (ob. cit., p. 31). Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior, proclama que "nem toda medida provisória é, contudo, medida cautelar. Caso típico de medida provisória não cautelar são as liminares que se admitem em certos procedimentos especiais de mérito, como os interditos possessórios e os mandados de segurança. Essas liminares, ao contrário da providência propriamente cautelar, já se apresentam como 'entrega provisória e antecipada do pedido', já são 'decisão satsifativa do direito, embora precária' (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, p. 364).

Seguindo esse encadeamento de idéias, evidencia-se inadequado o meio processual (cautelar) escolhido pelos autores para o fim colimado (satisfação do direito). Em verdade, percebe-se cristalinamente à fl. 12 que os autores estão a demandar seja satisfeito o direito alegado; são as suas palavras: "...determinando, desta forma, ... a inclusão do Autor YYYYYYYYYYYYYYYYYYY como dependente de XXXXXXXXXXXXXXXXX, no Plano de Saúde da Ré Caixa Econômica Federal, para que usufrua de todos os benefícios do **Programa de Assistência Médica Supletiva — PAMS**, conforme previsto no regulamento do mesmo, item "2" — **DOS BENEFICIÁRIOS**; **2.1.2 — São Dependentes Diretos**; determinando, também o cadastramento como dependente de XXXXXXXXXXXXXXXX na Ré FUNCEF, com todos os direitos de dependentes...". Portanto, o pedido, por ser satisfativo (querem, os autores, ver satisfeito, realizado o direito de YYYYYYYYYYYYYYYYYYY incluído no plano de saúde de XXXXXXXXXXXXXXXX) demonstra a completa impossibilidade da utilização do presente meio cautelar para o escopo pretendido, uma vez que

Justiça Federal
000119
1ª Instância/RS

"as medidas cautelares haverão de consistir, sempre, numa forma especial de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito assegurado, devendo limitarem-se a ser uma forma de proteção (**minus**), ou algo diferente (**aliud**) em relação à tutela satisfativa correspondente" (Ob. cit. p. 42).

Logo, tendo-se em vista a completa inadequação do meio processual cautelar à satisfação do direito bradado na vestibular, nada resta a não ser extinguir o presente processo cautelar sem julgamento de mérito por falta de condição da ação (CPC, art. 267, VI).

Conforme requerido na peça exordial à fl. 12, impõe-se a concessão da tutela antecipada, uma vez que se fazem presentes seus requisitos.

Antes de mais nada, é preciso enfatize-se que a tutela antecipada é remédio que pode ser deferido em qualquer instante processual, pena de difícil, ou até, impossível reparação do direito ameaçado de perecimento. Ora, se o juiz pode, ao receber a inicial, deferi-la, fincado em juízo de mera verossimilhança, mais razão há para que se lhe permita concedê-la no momento da sentença, após juízo de certeza roborado na análise exaustiva de todas as provas, após devidamente sopesadas todas as questões jurídicas e fáticas envolvidas na demanda. Isto porque, caso não sejam antecipados, na própria sentença, os efeitos da decisão transitada em julgado, seus efeitos permanecerão suspensos até seu trânsito em julgado, que, como se sabe, serão postergados pelo reexame necessário ou, ainda, pela própria apelação, se recebida no efeito suspensivo; face à essa realidade, deixar de conceder a tutela antecipada pode significar o esvaziamento da função jurisdicional monopolisticamente arrogada pelo Estado, e, pior ainda, o extermínio do próprio direito, com as tristes conseqüências que haverão de ser sentidas na carne daqueles que confiaram no Poder Judiciário. Assim, e "desde que presentes os pressupostos legais, a antecipação com base no inciso I poderá ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive na segunda instância, na fase recursal", já o afirmara Kazuo Watanabe ("Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", p. 34); e, por todos, o magistério do Juiz Teori Albino Zavascki: "e se a situação de perigo se configurar estando o processo pronto para receber sentença? Há duas

1063

soluções possíveis. Se não for caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentencia-se e executa-se provisoriamente a própria sentença. Se, no entanto, for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela — que nada mais significará senão autorização para execução provisória — será deferida na própria sentença (desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC)" (Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, *in* AJURIS 64, p. 407).

Dito isso, passo ao exame dos pressuposto legais que legitimam a concessão da tutela antecipada.

No que concerne a verossimilhança do direito invocado, este resplandece calcado não em um juízo de mera probabilidade; **resplandece, isso sim, forte, robusto e firmemente alicerçado em um juízo de certeza**, na linha e na forma dos argumentos expendidos na presente decisão.

Por sua vez, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação é por demais evidente. O autores são portadores do HIV; já começam a desenvolver as doenças oportunistas, que podem arrebatar suas vidas a qualquer momento (conforme documentação acostada à inicial); *é imperioso, pois, garanta-se, incontinenti, ao autor YYYYYYYYYYYYYYYYYY, tanto sua inclusão no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS quanto seu cadastramento como dependente da Funcef, tudo para que possa usufruir dos benefícios de ditos planos desde já.* Gize-se que a jurisprudência já apreciou casos como este, reconhecendo a gravidade da moléstia e a necessidade de pronta e efetiva tutela jurisdicional (*v.g.*, AC 92.02.10491/RJ - DJ 06-06-95).

Outrossim, dispenso os autores de prestarem caução. Com relação à sua exigência, o próprio § 3° do art. 273, se não a exclue, pelo menos coloca sua exigência na prudente discrição do juiz; consoante ensina Kazuo Watanabe "é dispensável a caução, pois o § 3° expressamente exclui o inciso I do art. 588", porém, faz questão de enfatizar o nobre processualista "não significa isto que o autor, vencido a final na ação, não deva responder pelos danos que venha a causar com a execução da tutela antecipada, pois o dever de indenizar está ínsito no

dever de restabelecer o *status quo antes*" (Ob. cit., p. 36). Dessa maneira, se o juiz a exigir, terá de aplicar analogicamente o art. 804 do CPC, visto que tal § 3° impede a incidência do suporte fático insculpido no inciso I do art. 588 ("I — corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor"; ora, o art. 804, por sua vez, é remansosamente interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça como uma faculdade atribuída ao juiz que há de ser exercida em conformidade com s peculiaridades do caso concreto. A jurisprudência é reiterada:

"Não ofende ao disposto na parte final do art. 804 do CPC a decisão que deixa de determinar que o requerente de medida cautelar de sustação de protesto de título cambial preste caução real ou fidejussória, pois que tal preceito encerra uma faculdade" (STJ — REsp 25.503-3-RJ, rel. Min. Dias Trindade, DJU 5.10.92, p. 17.101).

"Medida cautelar. Caução como contracautela. Prestação, em curso o procedimento, determinada pelo juiz, em pedido de reconsideração da parte contrária, após deferida liminarmente a medida cautelar. Inexistência de ilegalidade. A exigência de caução como contracautela é ato da discrição do juiz, se recomendável, podendo ocorrer após a concessão da liminar. Mandado de segurança denegado, originariamente. Recurso ordinário improvido" (RMS 539-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 17-12-90).

"**A exigência de caução como contracautela é ato de discrição do juiz**, se recomendável, podendo ocorrer após a concessão de liminar" (STJ-RT 666/177) — Grifei.

E, conhecedor de todas as peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, com especial atenção às precárias condições de saúde dos autores, bem como às suas particulares condições financeiras, tenho por dispensados, os autores, de prestar caução; postura diferente deste juízo acabaria por dar-lhes uma falsa vitória, máxime ao ver-se que são beneficiários da assistência judiciária gratuita, não apresentarem condições financeiras para tanto, e já suportarem gastos com as suas condições particulares de portadores de uma síndrome, ainda fatal, originadora de doenças outras que necessitam de cuidados específicos para

cada caso; na hora da doença os gastos se multiplicam, e, conforme se depreende da análise dos autos, a possibilidade de os autores arcarem com tais dispêndios é deveras reduzida.

De fato, exigir caução para que o autor YYYYYYYYYYYYYYYYYY seja incluído em ditos planos de saúde representaria, visto que não possuem condições de suportar tal gravame, verdadeira negação da tutela jurisdicional, visto que para os demandantes o tempo representa, mais do que nunca, o viver e o morrer, suas vidas. Em verdade, uma vitória que dependa de confirmação para que, então, sejam produzidos os seus efeitos, poderá mais configurar a sedimentação de uma injustiça do que a tutela jurisdicional prometida pelo Poder Judiciário, máxime das reais possibilidades de que o autor YYYYYYYYYYYYYYYYYY não consiga suportar o tempo e acabe morrendo. Faço minhas as palavras do Juiz Teori Albino Zavascki: "sob a denominação de 'direito à efetividade da jurisdição' queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir — tanto quanto seja possível — a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela" (ob. cit, p. 398).

Para dar cabo ao tópico, tenho por oportuno trazer à baila a lição, de vida e de direito, que nos rende Calamandrei: "ma il nuovo processo si è reso conto che la affermazione puramente giuridica della uguaglianza delle parti può rimanere lettera morta, se poi avviene che in concreto la disparità di cultura e di mezzi economici metta una delle parti in condizione di non potersi servire di questa uguaglianza giuridica,

Justiça Federal
000123
1ª Instância / RS

perchè il costo e le difficoltà tecniche del processo, che la parte abbiente e colta può facilmente superare coi propri mezzi e col farsi assistere senza risparmi da competenti difensori, posson costituire invece per la parte povera un ostacolo spesso insormontabile sulla via della giustizia. "Per eliminare nel corso del processo i pericoli derivanti da queste sperequazioni sociali, il nuovo Codice ha avuto speciale cura di dare sviluppo a tutti quegli istituti che posson servire a mettere la parte socialmente più debole in condizione di paritá iniziale difronte alla parte più forte, e ad impedire che a causa della inferiorità di cultura e di mezzi economici la uguaglianza di diritto possa dinanzi al giudice trasformarsi in una disuguaglianza di fatto"(*Opere giuridiche*, Piero Calamandrei, p. 231).

Ante o exposto, ***julgo:***

1) extinta, sem julgamento de mérito, a ação cautelar incidental nº 1, condenando os autores nas custas e em honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor da causa, cuja execução fica condicionada aos requisitos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50;

2) parcialmente procedente a ação ordinária (Processo nº 2):

2.1. rejeitando o pedido de declaração de união estável entre os autores;

2.2. declarando o direito de YYYYYYYYYYYYYYYYYYY à admissão no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS e na Funcef, na condição de dependente de XXXXXXXXXXXXXXXX, pelo que condeno a Caixa Econômica Federal e a Fundação dos Economiários Federais a procederem a mencionada admissão;

2.3. condenando autores e rés em custas e honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor da causa, que, mediante compensação, excluem-se mutuamente.

Justiça Federal
000124
1ª Instância/RS

Expeça-se mandado de intimação às rés para que atendam imediatamente a tutela antecipada deferida nos termos expressos à fl. 65.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 09 de julho de 1996.

ROGER RAUPP RIOS
Juiz Federal da 10ª Vara/RS