

Processo n.º 2003.71.00.039987-0
Autos de: AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ré: UNIÃO

Juízo Federal: 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Porto Alegre

S E N T E N Ç A

I - RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, contra a UNIÃO, pela qual requer seja considerado o companheiro ou companheira homossexual como dependente da mesma classe de companheiros heterossexuais para fins de inclusão nos Programas de Assistência à Saúde do TRF 4ª Região e das Seções Judiciárias no Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Alegou que, em 15 de maio de 2003, o Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal denunciou, junto ao Ministério Público Federal, a negativa de inclusão, por parte do Conselho de Administração do TRF da 4ª Região, dos companheiros homossexuais como dependentes no Programa de Assistência à Saúde daquele Tribunal. Sustentou que o fundamento do indeferimento do pedido baseou-se no fato de que, apesar de o Tribunal já haver reconhecido na atividade jurisdicional a união estável entre homossexuais, não é possível admiti-la quando o juiz atua como administrador, pois nessa situação estaria adstrito ao princípio da legalidade. A Corte Especial Administrativa do TRF, por maioria, também indeferiu o pedido, tendo a Relatora fundamentado seu voto na impossibilidade de construir o direito acima ou além da norma escrita em sede administrativa, bem como na ausência de comprovação efetiva da união pretensa, pois é comum a coabitação entre jovens sem os laços afetivos caracterizadores da

união estável. Aduziu que o legislador constitucional optou por não considerar o sexo como motivo de discriminação, ao contrário de casos em que, em razão de uma determinada finalidade, se torna essencial, salientando ainda que, fazendo uso de uma interpretação extensiva do conceito “discriminação por sexo”, nele inclui-se obrigatoriamente a discriminação por orientação sexual. Sustentou que o art. 226, §3º, da Constituição Federal, interpretado conjuntamente com o princípio da igualdade (art. 5º, caput), e com os preceitos de proibição de discriminação por motivo de orientação sexual (art. 4º, IV) e de acesso universal e igualitário à saúde (art. 196), é suficiente para reconhecer a instituição da união estável aos homossexuais e a conseqüente condição de dependência para fins de inclusão de companheiro em plano de saúde. Sustentou ainda sua legitimidade ativa para propor a presente ação e que se impõe o afastamento do limite territorial introduzido pela inconstitucional e ineficaz Lei nº 9.494/97 aos efeitos da coisa julgada.

Com a inicial vieram documentos (fls. 38/113).

Citou-se a União para responder, intimando-se, pelo mesmo mandato, para que, em 72 horas, se manifestasse sobre o requerimento de liminar (fl. 114).

A União manifestou-se (fls. 116/145) sustentando que deveria ser indeferido o pedido de antecipação de tutela e alegando que o Ministério Público não possui legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar a presente ação, já que se trata da defesa de interesse individual. Ainda em preliminar, sustentou que é ilegal o pedido liminar, pois a Lei nº 9.494/97 dispõe que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação; que a análise do pedido de liminar deve limitar-se ao âmbito da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre, pois a Lei nº 7.347/85 determina que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator; e que em caso de deferimento da liminar, sem que haja previsão em lei para a inclusão dos companheiros homossexuais no Plano de Assistência Médica, haverá aumento de despesa com pessoal sem a devida contraprestação, o que violaria o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal. No mérito, sustentou que não se encontra presente o perigo da demora a justificar o pedido liminar, já que a demanda foi ajuizada sem referir possíveis beneficiários da inclusão como dependentes no plano assistencial, tampouco a premente necessidade de atendimento médico ou risco à saúde dos pretensos dependentes. Relativamente à aparência do bom direito, alegou que a ação em tela baseia-se em apenas um caso isolado de rejeição de reconhecimento da qualidade de dependente de servidor homossexual, não buscando a efetiva tutela do

direito constitucional à saúde, como sustentando pelo Ministério Público. Além disso, não cabe ao Poder Judiciário dizer de que forma deve a união homossexual ser tratada em seu aspecto jurídico, sobretudo porque o simples incremento numérico das relações homossexuais estáveis e a sua contemporânea aceitação pela sociedade não conduzem à idéia de que passe a receber a proteção estatal em pé de igualdade com as uniões heterossexuais explicitamente admitidas pelo legislador constituinte. Juntou documentos (fls. 146/245).

Indeferiu-se o pedido de liminar (fls. 252/256).

O Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Rio Grande do Sul – SINTRAJUFE/RS - requereu sua habilitação no feito como assistente litisconsorcial (fl. 259). Intimada para se manifestar acerca do pedido formulado pelo SINTRAJUFE, a União requereu seu indeferimento (fls. 308/311).

A União apresentou contestação (fls. 273/307) sustentando idênticos fundamentos utilizados na petição de fls. 116/145, apenas acrescentando, em preliminar, a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja, a inadequação do uso da ação civil pública ao caso concreto, por não ser substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No mérito, além das alegações já referidas na petição de fls. 116/145, salientou que se deve necessariamente observar o princípio da legalidade estrita, em que o Administrador está adstrito aos limites legais para que sua atuação se faça presente, de modo que, não havendo previsão legal que assegure o reconhecimento da situação pretendida pelo autor, não se pode agir contrariamente à lei. Alegou ainda que até que nova lei disponha acerca da matéria, os efeitos surgidos das relações concubinárias entre pessoas do mesmo sexo serão tão-somente civis, relativos à partilha de bens adquiridos na constância dessa sociedade de fato, jamais podendo gerar direitos na órbita administrativo-estatutária.

O SINTRAJUFE apresentou réplica requerendo sua admissão como assistente litisconsorcial e refutando os argumentos formulados pela ré na contestação (fls. 313/326).

O Ministério Público Federal apresentou réplica (fls. 327/333) impugnando as alegações da contestação.

É o relatório.

Passo a decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. PRELIMINARES

1.1 Assistência litisconsorcial

Insurge-se a União contra o requerimento de ingresso do SINTRAJUFÉ no feito, na qualidade de assistente litisconsorcial. Tal irresignação não merece acolhida.

Conquanto a Lei n. 7.347/85 não preveja expressamente a assistência nas ações civis públicas, referindo-se exclusivamente à possibilidade de o Poder Público e outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes (art. 5º, §2º), essa não é vedada por tal diploma legislativo, visto que não obsta a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil. Pelo contrário, em seu artigo 19 determina expressamente a aplicação subsidiária dos preceitos do Código de Processo Civil que não contrariem suas disposições.

Portanto, não havendo vedação expressa à figura da assistência e não sendo essa incompatível com seu sistema, revela-se plenamente viável o ingresso de terceiros na qualidade de assistentes, simples ou litisconsorciais. Cumpre aludir à lição de Rodolfo Camargo Mancuso nesse sentido: “Apesar de o art. 5.º, §2.º, não se referir expressamente a essa figura, estamos que no âmbito da ação civil pública ela comporta, *em princípio*, as modalidades ‘simples/adesiva’ ou ainda, ‘litisconsorcial/qualificada”¹.

O interesse jurídico, requisito imposto pelo art. 50, *caput*, do Código de Processo Civil, configura-se no presente caso pelo próprio escopo do sindicato, voltado à defesa, inclusive mediante substituição processual, do interesse de seus filiados. Ao intervir no presente feito, estará cumprindo as suas funções essenciais, contribuindo para que haja uma decisão judicial favorável em prol de seus filiados. A prova de que haja servidores sindicalizados homossexuais é dispensável, já que a própria atuação do sindicato na tutela de seus direitos já denota tal fato.

Admito, pois, o ingresso do SINTRAJUFÉ na qualidade de assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal.

¹ *Ação civil pública*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

1.2 Ilegitimidade ativa *ad causam*

Defende a União que o Ministério Público Federal carece de legitimidade ativa *ad causam* por estar, no caso *sub examine*, objetivando a tutela de interesse individual, sob o argumento de defender determinada categoria. Fundamenta sua alegação no fato de a representação endereçada ao Ministério Público Federal ter sido instruída com o pedido administrativo de apenas um servidor e, ainda mais, deste ser o único requerimento de tal jaez protocolizado no Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como provado pelo documento de fls. 147/148.

O argumento da União é, à primeira vista, convincente. É certo que o Ministério Público Federal não pode ingressar com uma ação civil pública com o escopo de tutelar o direito individual homogêneo de apenas uma pessoa, embora haja precedentes reconhecendo a legitimidade do Ministério Público Federal mesmo em tal hipótese². Se é lesado o direito de um único indivíduo, caberá ao seu titular ingressar com os remédios jurídicos adequados, não sendo viável, em princípio, que o Ministério Público Federal, em substituição à demanda individual, ingresse com uma ação civil pública para tal desiderato. Quanto a esse aspecto, não há como discordar da tese defendida pela União.

A questão, no entanto, não se apresenta tão simples. Não obstante até o presente momento somente tenha sido protocolizado um pedido administrativo no Tribunal Regional Federal da 4ª Região com tal teor, isso não leva à ilação de que inexistam outras pessoas em situação idêntica. O pedido administrativo foi objeto de detido estudo por parte dos membros do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo sido indeferido tanto pelo Conselho de Administração como pela Corte Especial, como se verifica dos documentos acostados à fl. 51 e ss. Foi, portanto, definida a questão na seara administrativa.

Por isso, não há sentido em partir-se do pressuposto de que apenas uma pessoa seria beneficiada por eventual sentença de procedência. Havendo outras pessoas em situação idêntica, o precedente, que já firmou o entendimento do Tribunal em sede administrativa, as desestimularia a formularem semelhante requerimento, expondo suas vidas privadas de forma absolutamente desnecessária,

² Cabe referir-se nesse sentido a um precedente que reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação civil pública para o fornecimento de medicamentos a uma criança carente: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, AC 261220, Relator Juiz David Diniz, acórdão unânime, publicado no DJU de 23/10/2001, p. 416.

já que o indeferimento seria inevitável. Demais disso, acolhendo-se o pedido do Ministério Público Federal, seriam beneficiados não apenas os atuais servidores da Justiça Federal, mas também os servidores futuros e, ainda, outros que, em momento ulterior, passem a enquadrar-se na situação em análise.

A identificação de outros servidores, exigida pela União, é completamente desnecessária e, além disso, conflita com o direito fundamental do cidadão à intimidade e à vida privada, consagrado no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Tendo-se ciência da possibilidade de inúmeras pessoas serem beneficiadas, atualmente ou em período próximo, pela decisão judicial postulada pelo Ministério Público Federal, revelar-se-ia absolutamente exagerada e abusiva a imposição de que todos os servidores homossexuais da 4ª Região que possuem dependentes sejam nominados no bojo de uma ação civil pública.

Portanto, o caráter coletivo da presente ação não pode ser negado, o que leva, logicamente, à refutação da tese de ilegitimidade do Ministério Público Federal por tratar-se de demanda para a tutela de direito individual.

Por outro lado, possui o Ministério Público Federal legitimidade para tutelar direitos individuais homogêneos, entendidos como aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, III, do CDC), desde que socialmente relevantes. Como previsto no art. 127, *caput*, da Constituição, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O combate à discriminação por opção sexual apresenta relevância social, na medida em que sua cessação interessa à sociedade como um todo, que, atualmente, já não mais tolera tal preconceito, ao menos no âmbito jurídico. De qualquer forma, a jurisprudência reconhece legitimidade ao Ministério Público Federal para tutelar direitos individuais homogêneos de servidores, vislumbrando a relevância social até mesmo na mera prevenção da proliferação de demandas idênticas, como se denota do acórdão que segue transcrito:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

I - O ordenamento jurídico pátrio confere ao Ministério Público a legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos. Precedentes.

II - In casu, trata-se de ação coletiva proposta no interesse de todos os servidores inativos e pensionistas de autarquia federal, no estado da

Paraíba, objetivando assegurar a equiparação de seus proventos aos dos servidores regidos pela Lei nº 8.112/90. Logo, ressaí evidente o interesse social relevante no ajuizamento da ação coletiva, a legitimar a atuação ministerial, até para prevenir a proliferação de demandas individuais e evitar decisões incongruentes, sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso provido.” (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, RESP 371385, DJ 16/12/2002, p. 363)

Reconheço, portanto, a legitimidade do Ministério Público Federal para o ajuizamento da presente demanda.

1.3 Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo

Sustenta a União que a ação civil pública não seria adequada para o pedido formulado, por não poder ser utilizada em substituição à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Afirmo, contudo, que o objetivo do MPF é o reconhecimento da inconstitucionalidade, por omissão, do art. 241 da Lei n. 8.112/90.

Tal argumento é confuso, já que a ação de inconstitucionalidade por omissão não seria cabível no caso de existência de norma que não abranja determinada situação: cabe apenas quando não houver qualquer norma disposta acerca da questão. Seria mais correto, pois, sustentar que a ação civil pública está sendo empregada como uma ADIn, o que, de qualquer forma, também não procede. Não se pretende, na presente ação, a declaração de nulidade, em abstrato, de determinado ato normativo, com efeitos *erga omnes*. Objetiva-se, apenas, a determinação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região de que passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente da mesma classe de companheiros heterossexuais. Se para o acolhimento dessa pretensão for necessária a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, não se estará usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ADIn, mas apenas se estará exercendo legitimamente o controle difuso de constitucionalidade – que, é válido referir, convive com o controle concentrado -, com a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, por ser a inconstitucionalidade *questão prejudicial*, não a questão principal discutida no caso.

As demais questões suscitadas são pertinentes ao mérito da demanda, motivo pelo qual com esse serão apreciadas.

2. MÉRITO

Postula-se, na presente ação, que seja assegurada a inclusão do companheiro ou da companheira homossexual no Programa de Assistência à Saúde normalizado pela Resolução n. 01 de 13 de fevereiro de 1998. Esse diploma legislativo, em seu art. 2º, II, prevê:

“Art. 2º - A assistência médica, hospitalar e os exames complementares abrangem os magistrados e os servidores do Tribunal ativos e inativos, extensiva aos seus respectivos dependentes adiante especificados:

I – cônjuge;

II – companheiro(a) designado(a), desde que comprovada a união estável como entidade familiar;”

A resolução supramencionada veio a regulamentar o art. 230 da Lei n. 8.112/90, que assegura a assistência à saúde aos servidores públicos nos seguintes termos:

“Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio ou contrato, na forma estabelecida em regulamento.

* Artigo caput com redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/1997 (DOU de 11/12/1997, em vigor desde a publicação).”

Não considero cabível acolher-se a pretensão veiculada na presente ação pela mera interpretação dos dispositivos transcritos acima, tendo em vista que o âmbito de aplicabilidade desses não abrange os companheiros homossexuais. A resolução fala em “união estável como entidade familiar”, sendo que a locução “entidade familiar” é empregada na Constituição quando reconhece a união estável “entre homem e a mulher” (art. 226, §3º), o mesmo ocorrendo no art. 1º da Lei n. 9.278/96 (“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher”). Os conceitos de “união estável” e de “entidade familiar” possuem, no texto da Constituição e da Lei n. 9.278/96 (que regulamenta o art. 226, §3º, da CF), aceções específicas, que não abrangem as uniões homossexuais.

Não se pode, portanto, aplicar-se diretamente tais enunciados ao caso em tela, ao menos pela via interpretativa *stricto sensu*.

Demanda, a presente ação, digressões mais aprofundadas. Em primeiro lugar, cumpre investigar se, de fato, o princípio da isonomia leva a que, para fins de preservação da saúde, aos homossexuais sejam assegurados os mesmos direitos que assistem aos heterossexuais. Após, serão analisados os óbices específicos suscitados pela União.

1. Vedação de tratamento discriminatório aos homossexuais

Que homossexuais são diferentes dos heterossexuais em relação à orientação sexual não se discute: um juízo analítico, a partir dos correlatos conceitos, leva necessariamente a tal ilação. Há de ser definido se essa diferença relativa à orientação sexual é relevante para a inclusão em programas de saúde estatais; ou em outros termos, se é um fator de *discrimen* legítimo a embasar um tratamento diferenciado no que concerne a tal inserção.

Num de seus artigos inaugurais, a Constituição Federal de 1988 estabelece ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, **sem preconceito de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**” (art. 3º, inc. IV). Assim, é expressamente vedada a discriminação por sexo, o que, a meu ver, também abrange a vedação da discriminação por opção sexual. Como assevera o MM. Juiz Federal Roger Raupp Rios: “De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação”³. Mesmo que não se considere legítimo incluir a orientação sexual no âmbito de denotação do vocábulo “sexo”, o preceito supra-referido não deixará de incidir no caso em foco, porquanto não veda apenas o preconceito em relação à origem, ao sexo, à cor, à idade, mas obsta quaisquer outras formas de discriminação. Certamente, a expressão “quaisquer outras formas de discriminação” deve ser interpretada com cautela, já que não abrange toda e qualquer forma de discriminação; mas pode-se afirmar com certeza que tal expressão se aplica a todas as formas de segregação preconceituosa,

³ *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001. p. 72.

dentre as quais se insere a discriminação por opção sexual, ao menos no que concerne à homossexualidade.

Por tal razão leciona Roger Raupp Rios que: “... é obrigatório afirmar, como diretriz geral para todos os casos, que a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos malfundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade de equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada”⁴.

De fato, perante um caso de discriminação, inclusive em se tratando de discriminação por orientação sexual, não há de se partir do pressuposto de que tal discriminação sustenta-se por algum motivo qualquer; deve-se partir da regra *prima facie* de que a discriminação é ilegítima, a qual pode ser afastada, obviamente, por argumentos racionais que sustentem sua preterição. Tal entendimento é corroborado pelo ensinamento do jusfilósofo alemão Robert Alexy, quando assevera que, por força da máxima geral de igualdade, há uma carga argumentativa a favor do tratamento igual, ao menos no que se refere à igualdade *de iure*:

“... la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un *principio de igualdad* que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas.”⁵

Partindo-se da regra *prima facie* de ilegitimidade da discriminação por orientação sexual, deduzida da correlata regra genérica da ilegitimidade do tratamento desigual *de iure* e do art. 3º, inc. IV, da Constituição da República, não haverá o intérprete de indagar se há motivos para tratar de forma isonômica as situações analisadas, mas se há fundamentos legítimos para a subsistência de um tratamento discriminatório. Passo a analisar tais fundamentos no tópico que segue.

⁴ *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001. p. 80.

⁵ *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 398.

2. Preterição da regra *prima facie* da igualdade *de iure*: razoabilidade da medida discriminatória

A linha argumentativa da defesa da discriminação em foco parte, usualmente, do texto constitucional, mais especificamente do art. 226, §3º, da Constituição Federal, que, ao consagrar a união estável, estabelece: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Tal enunciado limita-se a reconhecer a união estável entre o homem e a mulher, impondo à lei que facilite a sua conversão em casamento. Com o emprego dos vocábulos “homem” e “mulher”, a Constituição deixou evidente a impossibilidade de aplicação *do art. 226, §3º*, às uniões homossexuais. Ou seja, reconheceu apenas a união estável entre o homem e a mulher, não entre homem e homem ou mulher e mulher. Isso não leva à ilação, contudo, de que as uniões análogas entre homossexuais não possam ser reconhecidas (mesmo que não possam ser enquadradas no conceito constitucional de “união estável”) e, muito menos, de que devam receber tratamento discriminatório. A jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região já está consolidada nesse sentido, como passo a demonstrar.

Em 1996, foi ajuizada ação por dois funcionários da CEF contra essa empresa pública federal e a FUNCEF, objetivando a condenação das rés à admissão do segundo autor como beneficiário do Plano de Assistência Médica Supletiva – PAMS e como partícipe da FUNCEF. O MM. Juiz Federal Roger Raupp Rios, em decisão que se tornou célebre⁶, julgou parcialmente procedente a ação, para declarar o direito do segundo autor à admissão no PAMS e na FUNCEF como dependente do outro integrante do pólo ativo. Interpostos recursos de apelação pela FUNCEF e pela CEF, a decisão foi integralmente mantida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão unânime da 3º Turma relatada pela MM. Desembargadora Federal Marga Barth Tessler, assim ementada:

“ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 273 DO CPC NA SENTENÇA. MERA IRREGULARIDADE. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.

⁶ Publicada na sua obra: *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001. p. 194 et. seq.

RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO § 3º DO ART. 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE EM PLANO DE SAÚDE. VIABILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE, DA IGUALDADE, E DA DIGNIDADE HUMANA. ART. 273 DO CPC. EFETIVIDADE À DECISÃO JUDICIAL. CAUÇÃO. DISPENSA.

(...)

5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrاندando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

(...)

12. Apelações improvidas.” (AC n. 96.04.55333-0/RS)

Em junho de 2000, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, agora por sua 6ª Turma, reafirmou essa orientação, em relação à *ratio decidendi*, ao negar provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação

civil pública que postulava a inscrição de companheiros homossexuais como dependentes no INSS, deferiu a antecipação de tutela com amplitude nacional. Essa decisão, que reconheceu inclusive a inserção de dependentes do mesmo sexo no conceito de companheiro do art. 226, §3º, da CF, foi assim ementada:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, § 3º. INTEGRAÇÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97.

1. As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas a interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por integração.

2. **É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência.**

3. Rejeitada foi a alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado da constitucionalidade pela própria Corte Constitucional em reclamação contra a mesma liminar ora telada, sob o fundamento de que a ação presente tem por objeto direitos individuais homogêneos, não sendo substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade.

4. A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal.” (AI n. 2000.04.01.044144-0/RS, Relator Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 27 de junho de 2000)

Colhe-se do voto do MM. Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon: “Tais prolegômenos têm por escopo o afastar a argumentação simplista utilizada pela autarquia de que a Constituição estaria a excluir os homossexuais, quando explicita que a “união estável” a que o Estado há de dar guarida é entre um homem e uma mulher. Pretender que a enunciação constante no texto significaria a exclusão de reconhecimento da convivência entre homossexuais

é simplesmente asseverar que a Lei Maior do Brasil sacramentou um preconceito. É fazê-la pequena demais. É, *permissa maxima venia* das opiniões em contrário, pensar pequeno demais. E, se, *ad argumentandum tantum*, admitíssemos que, lamentavelmente, consagrou-se uma discriminação odiosa, não cabe ao Judiciário outra coisa senão buscar, por via de interpretação, adaptar a lei à realidade fática, outorgando-lhe toda eficácia de amplitude que se pretende no sentido de 'construir uma sociedade livre, justa e solidária'. O intérprete não pode jamais partir do pressuposto de que a lei é má; e, muito menos, convencido da perversidade do texto, asseverar que assim mesmo deve ela ser cumprida. Seria verdadeira petição de princípios”.

Além do agravo de instrumento supra-referido, foi requerida a suspensão de execução da liminar ao Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual indeferiu o pedido. Interposto agravo regimental, este foi julgado prejudicado, diante do julgamento do mérito do mencionado agravo de instrumento. Novo pedido de suspensão foi formulado perante o Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo apreciado pelo Ministro Marco Aurélio, que em decisão proferida em 10 de fevereiro de 2003 o indeferiu nos seguintes termos:

“DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA. 1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4o, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade. O requerente esclarece que encaminhou a suspensão, inicialmente, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4a

Região e, diante do indeferimento do pleito, vem renová-lo nesta Corte, à luz do artigo 4o da Lei nº 8.437/92, com a redação da Medida Provisória nº 1.984-16, fazendo-o ante a natureza constitucional do tema de mérito em discussão. Assevera que a decisão fere a ordem e a economia públicas. (...) **A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso.** É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão. **Não há como concluir que restou configurada lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário.** Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido. **Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3o da Carta Federal).** Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3o, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefiro a suspensão pretendida. 4. Publique-se. Brasília, 10 de fevereiro de 2003.” (Petição n. 1984⁷)

⁷ Após, esse foi julgado prejudicado, por perda do objeto, diante da prolação de sentença.

Sob o fundamento da impossibilidade de discriminação de homossexuais, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu, ainda, o direito do companheiro homossexual à pensão por morte e à presunção da dependência econômica, em acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. **A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem.**

2. **O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório.**

3. **O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação.**

4. **A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais.**

5. **A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.**

6. **Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97.**

7. **As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI (Medida Provisória nº 1.415/96).**

8. **Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.**

9. **Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado.**

10. **Apelações providos.” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 6ª Turma, AC 349.785, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu, DJU 10/01/2001, p. 373)**

Em ações ajuizadas contra a UFRGS, esse entendimento foi reiterado, agora pela 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE

DE FATO. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, "C" DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS. VERBA ALIMENTAR.

- A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

- O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, "c", como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática.

Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes.” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 412151, Relator Juiz Edgard A Lippmann Júnior, publicado no DJU de 20/11/2002, p. 422)

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REMESSA OFICIAL. SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. VEDAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ART. 226, PARÁGRAFO 3º, CR. PENSÃO POR MORTE. ART. 217, I, “C”, LEI Nº 8.112/90. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROMOÇÃO DO BEM DE TODOS SEM PRECONCEITO OU DISCRIMINAÇÃO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E SISTEMÁTICA DA LEI Nº 8.112/90.

1. A sentença proferida em 1ª instância está sujeita ao duplo grau de jurisdição, já que proferida em 15 de abril de 1999, após a vigência da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, a qual estendeu às Autarquias a aplicação do disposto no art. 475, caput e inciso II, do CPC.

2. **O princípio da igualdade confere isonomia jurídico-formal de todos perante a lei, constitui garantia para coibir a discriminação, in casu, atinente à orientação sexual dos indivíduos, o que permite a liberdade de escolha sexual.**

3. **O princípio da dignidade da pessoa humana abarca todos aqueles direitos fundamentais comoos individuais, os de cunho econômico, social e moral, impondo-se ao Estado assegurar condições para que as pessoas se tornem dignas, reconhecendo-se a liberdade de orientação sexual.**

4. **O princípio da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação traduz-se emum dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vis ando ao bem-estar, o que torna inconcebível qualquer distinção arrimada na diferença de sexos.**

5. **É cediço que a concepção de união estável, prevista no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição da República, não abarca o relacionamento entre pessoas de mesmo sexo, todavia, a sociedade de**

fato entre essas merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais, em virtude dos citados princípios constitucionais, bem como do art. 5º, inciso II, da Constituição da República.

6. O reconhecimento da sociedade de fato, e não união está vel, de acordo com o previsto no art. 226, parágrafo 3º, da Constituição da República, não constitui óbice para a aplicação do art. 217, I, “c”, da Lei nº 8.112/90, sob pena de discriminação sexual (art.3º, inciso IV, da Magna Carta).

7. O art. 217, I, “c”, da Lei nº 8.112/90, não obstante se refira à comprovação de união estável para concessão da pensão por morte ao companheiro ou companheira, deve ser interpretado de forma analógica e sistemática.” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, AC 288429, Relator Juiz Valdemar Cappeletti, DJU 23/08/2000, p. 272)

Dos acórdãos transcritos supra, denota-se facilmente que o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no exercício de sua atividade jurisdicional, não tolera a discriminação dos homossexuais em relação aos direitos previdenciários e estatutários, tendo firmado seu entendimento, inclusive, no sentido da legitimidade da inscrição do dependente homossexual em plano de saúde estatal, situação análoga à dos autos. O indeferimento do requerimento que originou a representação ao Ministério Público Federal decorreu, no que concerne à matéria jurídica, da concepção de que o Poder Judiciário está, quando do exercício da atividade administrativa, vinculado mais estreitamente à legalidade *stricto sensu* (vinculação à legislação infraconstitucional), não devendo proceder a uma exegese mais aprofundada da Constituição que colida com dispositivos infraconstitucionais. Obviamente que esse entendimento é restrito à atividade administrativa, não jurisdicional, em relação à qual deve ser prestigiada a jurisprudência já firme do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região no sentido da vedação da discriminação dos homossexuais.

Acima foi exposto que o pedido não poderia ser acolhido com base na mera interpretação do art. 2º, II, da Resolução n. 01/98, do art. 230 da Lei n. 8.112/90 ou, ainda, do art. 226, §3º, da Constituição Federal. Isso é válido no que concerne à atividade interpretativa *stricto sensu*, não obstante, contudo, o desenvolvimento do direito, por meio da aplicação analógica do art. 2º, II, da Resolução n. 01/98 à espécie, com supedâneo no art. 3º, inc. IV, da Constituição da República e na jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Destarte, em respeito à jurisprudência consolidado neste Tribunal, acolho inteiramente os fundamentos que embasaram os precedentes

aludidos acima como razão de decidir, com o que repilo as *correlatas* alegações da União formuladas na presente ação. Restam, entretanto, certas questões a serem analisadas.

3 Majoração da despesa com pessoal

Alega a União ainda que, caso acolhida a pretensão veiculada na presente ação civil pública, haveria violação ao art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC n. 101/00, que estabelece ser nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal e não atenda as exigências estabelecidas em seus incisos.

Não se discute a necessidade de respeito à LRF. Ocorre que ela não incide no presente caso, por inexistir majoração da despesa com pessoal. Não está sendo criado um novo benefício. Tampouco está sendo ampliado o universo de possíveis beneficiários diante de uma situação em que não haja relações homossexuais. Digamos que o servidor “x” (homem ou mulher) seja integrante do Programa de Assistência à Saúde do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, custeando regularmente tal plano, e que possua um dependente “y” (homem ou mulher). Terá, nos termos do art. 2º, inc. II, direito a incluir seu dependente no aludido programa. Esse direito assiste tanto aos servidores do sexo masculino como do sexo feminino, de modo que tanto pessoas do sexo masculino como do sexo feminino podem ser dependentes. É irrelevante, portanto, que o servidor “x” seja homem ou mulher. Também é irrelevante que o dependente “y” seja homem ou mulher. Com isso, evidencia-se a falácia do argumento da União de que haveria aumento de despesas: *é completamente irrelevante para fins financeiros o sexo do servidor e do dependente, o que leva necessariamente à ilação de que é irrelevante o fato de ambos serem do mesmo sexo*. O valor das despesas estatais não será alterado de qualquer forma. Um servidor “x” que tenha um dependente “y” poderá inscrevê-lo no Programa de Assistência, sendo irrelevante o sexo de “x” e o sexo de “y”.

É válido empregar-se um exemplo. Um servidor do sexo masculino que vive em união estável com uma mulher tem o direito de inscrevê-la no Programa de Assistência à Saúde do Tribunal. Se esse mesmo servidor não vive em união estável com uma mulher, mas com um homem (ou ao menos numa união análoga à união estável de que trata a Constituição), poderá inscrevê-lo no Programa de Assistência à Saúde do Tribunal sem que isso acarrete aumento de despesa para o

Tribunal. Haveria alteração das despesas (redução) apenas se fosse vedada essa inscrição, já que tal servidor teria um companheiro sem que pudesse inscrevê-lo. Com isso, resta evidenciada a impertinência do argumento de que haveria majoração das despesas.

Por essa razão o reconhecimento do direito em questão aos dependentes homossexuais apresenta repercussões diversas do reconhecimento do direito do viúvo à pensão, analisado pelo STF no RE n. 204.193-8/RS. Neste caso julgado pelo STF, não era irrelevante o sexo do dependente: a pensão somente podia ser concedida às mulheres. Com isso, limitava-se o universo dos dependentes a 50%, o que não ocorre em relação ao presente caso, em que já é reconhecido o direito à inscrição no plano de saúde aos companheiros.

Há uma exceção em relação à irrelevância financeira dos efeitos desta decisão, reconheço. Se o cálculo das despesas foi realizado com base numa estimativa de que determinada parcela dos servidores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e da Justiça Federal é homossexual e que, por isso, seus dependentes não poderiam gozar dos benefícios do Programa de Assistência à Saúde, é evidente que o reconhecimento do direito de tais dependentes homossexuais à inclusão no programa importaria na majoração das despesas. Essa hipótese é de certo modo insólita, mas não pode ser descartada. Neste caso, contudo, os óbices da LC n. 101/00 não poderiam ser aplicados, já que a majoração das despesas decorreria da necessária correção da equivocada estimativa, que as fixou num patamar inferior com base num critério ofensivo à Constituição, e não propriamente de uma decisão judicial que reconheceu um direito até então inexistente.

4 Limitação territorial dos efeitos da sentença

Tampouco deve ser reconhecida a limitação territorial dos efeitos da sentença, por força do disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/85, que preceitua:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

A constitucionalidade desse preceito já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o que, contudo, não leva à limitação colimada pela União. Isso decorre do fato de que a “competência territorial do órgão prolator” não

se identifica com a Subseção Judiciária que integra. A competência territorial nas demandas coletivas é estabelecida pelo art. 93 do CDC, aplicável à ação civil pública por força do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347/85. Esse dispositivo está assim redigido:

“Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - **no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil nos casos de competência concorrente.** “

Portanto, nos casos de danos (ou lesão a direitos) de âmbito regional, o foro da Capital do Estado é competente, estendendo-se sua competência, obviamente, a toda área territorial em que ocorreu o dano. Nesse sentido, refiro, novamente, o seguinte acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, § 3º. INTEGRAÇÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97.
(...)

4. A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, devendo a liminar ter amplitude nacional, principalmente por tratar-se de ente federal.” (AI n. 2000.04.01.044144-0/RS, Relator Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 27 de junho de 2000)

Demais disso, é questionável a aplicação do art. 16 da Lei n. 7.347/86 à espécie, visto que esta ação trata de direitos individuais homogêneos, em relação aos quais a sentença faz coisa julgada apenas no caso de procedência do pedido (art. 103, III, do CDC), situação que não é prevista no art. 16 da Lei n. 7.347/85. Tal dispositivo abrange apenas aquelas hipóteses em que se forma coisa

julgada *erga omnes* também nos casos de improcedência, como ocorre com os direitos difusos e coletivos (arts. 103, I e II, do CDC), aspecto que é bem enfatizado por Ada Pellegrini Grinover: “Percebe-se, pela análise conjunta dos mencionados artigos, que o art. 16 da LACP só diz respeito ao regime da coisa julgada com relação aos interesses difusos (e, quando muito, coletivos), pois a regra permissiva do *non liquet*, por insuficiência de provas, é limitada aos incs. I e II do art. 103, relativos exatamente aos interesses transindividuais *supra* apontados.”⁸

Os efeitos desta decisão, portanto, estendem-se a toda a 4ª Região.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, admito o ingresso do SINTRAJUFE na qualidade de assistente litisconsorcial e, no mérito, **julgo procedente a ação**, para determinar à ré que considere o companheiro ou companheira homossexual como dependente da mesma classe de companheiros heterossexuais nos Programas de Assistência à Saúde do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e das Seções Judiciárias do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná e, em consequência, admita-o em tal programa, desde que cumpridos os mesmos requisitos exigidos para a inclusão de dependentes heterossexuais.

Ação isenta de custas, art. 4º, incisos I e III, da Lei n. 9.289/96. Condene a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00, com fulcro no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita a reexame necessário, por força do disposto no art. 475, I, do Código de Processo Civil, observando-se, no entanto, o art. 14, a *contrario sensu*, da Lei n. 7.347/85, gerando a presente decisão efeitos desde a sua publicação.

Publique-se. Registre-se. Oficie-se ao MM. Relator do agravo de instrumento n. 2003.04.01.042575-6, informando a prolação desta decisão. Intimem-se.

Porto Alegre, 16 de outubro de 2009.

⁸ *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 723.



**ANDREI PITTEN VELLOSO,
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO
DA 2ª VARA FEDERAL.**