



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO
Rua Peixoto Gomide, 768- São Paulo - SP

**EXMO. DR. JUIZ FEDERAL DA ^a VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República ao final assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro nos artigos 1º, III; 3º, I e IV; 5º, *caput*, inciso II e §2º; 127; 129, II e III; 193; 196; 197, 199, §4º e 226, §3º da Constituição Federal, e nos artigos 1º a 5º da Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública; artigos 81 a 83, da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor; e artigos 1º; 2º; 5º, incisos I e V, *a*; 6º, inciso VII, *a* e *d* e inciso XIV, *c*, da Lei Complementar nº 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União; vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em desfavor da **UNIÃO FEDERAL**, nesta Capital, a ser CITADA na pessoa do Procurador Regional da União, na Avenida Paulista, 1842 - 20º andar, Ed. Cetenco Plaza - Torre Norte; Cerqueira César, São Paulo-SP.

1) Breve resumo dos fatos

Em 13 de setembro de 2004 o Ministério Público Federal instaurou procedimento administrativo com o fim de apurar a existência de lesão a direitos humanos fundamentais e à saúde pública. A instauração do procedimento deu-se após a vinda de informação da **Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes**, do Ministério da Saúde informando que, no entendimento daquele órgão, "(...) nos termos da lei civil, e da Lei nº 9.434/97, não existe a possibilidade legal de que o companheiro, que viva sob união homo-afetiva com o falecido, possa autorizar a realização de transplante de órgãos ou tecidos"¹.

A Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes fora instada a se manifestar em 16 de julho de 2004² sobre a **possibilidade de o (a) companheiro(a) que mantivesse com o falecido união homo-afetiva autorizar a remoção post mortem de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante.**

A resposta, como se viu, foi negativa, e do parecer da **Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde**, amparado na literalidade do artigo 4º da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, destaca-se:

¹ Fl. 115 do procedimento administrativo nº 1.34.001.004589/2004-11

² Fl. 108 do procedimento citado

Ministério Público Federal

“(...) Como é de se ver, portanto, a retirada de órgãos ou tecidos depende, por expressa previsão legal, da autorização do cônjuge ou parente, que seja maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, e que seja firmada em documento que contenha a assinatura de duas testemunhas.

No entender desse órgão consultivo, a disposição legal é clara. A autorização depende de autorização familiar, de cônjuge ou parente.

Não obstante a existência de várias decisões judiciais, reconhecendo, por exemplo, direitos de natureza previdenciária aos companheiros, que vivessem em união homo-afetiva, a verdade é que nossa pátria legislação civil, que passou por recente mudança no ano de 2002, com a edição do novo Código Civil, não reconheceu, como unidade familiar, tal união.

Sendo assim, não vislumbramos respaldo jurídico para se concordar com que o companheiro (a) venha a autorizar a realização de transplante, por fora da enumeração taxativa do art. 4º da Lei 9.434/97”³ (g.n.).

2) Observações preliminares

2.1) Da competência da Justiça Federal

A Constituição Federal, em seu artigo 109, inciso I, é clara ao dispor que aos juízes federais compete julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Incontestável, portanto, a competência deste Juízo Federal para processar e julgar a presente demanda.

2.2) Da Legitimidade ativa do Ministério Público Federal

A Constituição Federal de 1988, ao definir o Ministério Público como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), e estabeleceu, em seu artigo 129, suas funções institucionais, destacando-se:

”Art. 129(...)

³ Fl. 114 do procedimento citado. Há também nos autos esclarecimento prestado por aquele órgão por meio eletrônico, em 13 de agosto de 2004, no mesmo sentido: *“(...) No que se refere à união estável, o Código Civil Brasileiro, define em seu art. 1.514, que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados e em seu art. 1712 que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o escopo de constituição de família. Diante do exposto e considerando a legislação em vigor, esta Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes/DAE/SAS/MS, ressalta que a união homo-afetiva não é reconhecida no Brasil, ficando impedido portanto, o companheiro dessa relação de autorizar ou não doação de órgãos/tecidos para transplante, sendo necessário, nestes casos, a autorização da família do falecido”* (g.n.; fl. 66). Também a Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo prestou informações nesse sentido, conforme se verifica à fl. 10 do procedimento.

Ministério Público Federal

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;(...)"(g.n.).

No que diz de perto com o objeto desta ação, a atuação do Ministério Público ao pugnar que o companheiro que mantenha com o falecido união homo-afetiva possa autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante é iniciativa amparada nos princípios constitucionais da cidadania e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos I e III); no objetivo constitucional fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I); no primado do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I); na máxima eficácia dos direitos fundamentais (artigo 5º, §2º); nos preceitos constitucionais relativos ao acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e sua relevância pública (artigos 196 e 197), e na norma constitucional que impõe facilitação na remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento (artigo 199, §4º).

2.3) Da Legitimidade passiva da União

Da mesma forma não há dúvida quanto à legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação civil pública.

Com efeito, extrai-se da Constituição Federal que a União detém competência concorrente com os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, inciso XII), do que decorre que sua atuação a propósito de exercê-la limita-se a estabelecer normas gerais. No exercício desta competência foi promulgada a *Lei Federal 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

No exercício de atribuição regulamentar o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997 que organizou o Sistema Nacional de Transplante, ao qual incumbe desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas; por meio do citado Decreto foi também estabelecida a estrutura do sistema nacional de transplantes, a disciplina da autorização para retirada de órgãos e seu procedimento, o sistema de transplantes, entre outras matérias⁴.

Nesse sistema o Ministério da Saúde exerce a função de órgão central, incumbindo-lhe, nos termos do artigo 4º do referido Decreto, a coordenação de tais atividades, bem como expedir normas e regulamentos técnicos para disciplinar os procedimentos estabelecidos neste Decreto e para assegurar o funcionamento ordenado e harmonioso do SNT e o controle, inclusive social, das atividades que desenvolva. É também ao Ministério da Saúde autorizado a expedir instruções e regulamentos necessários à aplicação daquele Decreto, conforme prevê o artigo 24⁵.

⁴ Fl. 49 do procedimento citado

⁵ *idem*.

Como já se disse, o Ministério Público Federal instou a Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes – unidade do Ministério da Saúde que exerce as funções de órgão central – a se manifestar sobre a possibilidade de o (a) companheiro (a) que mantenha com o falecido união homoafetiva autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante. A resposta, conforme consta acima, foi **negativa**, fundada em interpretação estritamente literal do disposto no artigo 4º da Lei 9.434/97.

Indubitável, portanto, a legitimidade da União Federal para figurar no pólo passivo desta demanda, uma vez que o órgão central do sistema de transplantes, responsável pela definição de suas linhas fundamentais, afirma ser impossível a autorização a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante por companheiro remanescente de união homoafetiva, entendimento vinculador de todo o sistema nacional.

Tendo em vista o quanto apurado, o Ministério Público Federal propõe a presente Ação Civil Pública em face da União Federal para que esta seja compelida a cessar sua conduta violadora do princípio da igualdade e admita como legítima a autorização para remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante, feita por quem mantivesse com o falecido relação de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo.

3) Dos fundamentos de direito

3.1) Disciplina legal acerca da disposição *post mortem* de órgãos

Publicada em 04 de fevereiro de 1997, a Lei Federal 9.434 permite a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, nos termos de seu artigo 1º⁶. Ao órgão central de gestão do sistema de transplantes incumbe autorizar previamente a realização dos transplantes por estabelecimentos de saúde e equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante.

No que diz propriamente com a disposição *post mortem*, o referido diploma estabelece o diagnóstico da **morte encefálica** como marco temporal a partir do qual a retirada de órgãos é possível⁷.

No artigo 4º - com a redação dada pela Lei Federal 10.211, de 23 de março de 2003 - é que se encontra a disciplina relativa ao rol de pessoas a quem a lei outorga o direito de autorizar a disposição de órgãos:

*“Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do **cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.**”*

⁶ O parágrafo único do artigo 1º exclui o sangue, o espermatozoide e o óvulo do rol de tecidos.

⁷ “Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

Do dispositivo extrai-se uma ordem de preferência legal que situa, em primeiro lugar, o **cônjuge** sobrevivente. *Desde logo*, parece sem dúvida que na mesma situação jurídica encontra-se o **companheiro** sobrevivente que vivesse em união estável, em razão mesmo de seu reconhecimento constitucional (CF, artigo 226, §3º) e legal (CC, artigo 1723⁸).

De se concluir, ainda, que se não for possível ao cônjuge/companheiro se manifestar – quer porque falecido, ausente ou incapaz – a autorização para remoção de órgãos incumbirá ao **parente** maior de idade, na forma estabelecida em lei.

Argüida sobre a possibilidade de o (a) companheiro(a) que mantivesse com o falecido união homo-afetiva autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante, a União Federal respondeu negativamente, em síntese porque: **a)** o artigo 4º da Lei 9.434/97 não contemplou tal possibilidade e **b)** o Código Civil Brasileiro de 2002 contemplou apenas o casamento e a união estável como unidades familiares (fls. 66 e 114).

A resposta ao questionamento, mais que interpretação literal de lei ordinária, demanda indagações de natureza sistemática e de estatura constitucional.

3.2) Princípio da isonomia, liberdade de orientação sexual e união civil entre pessoas do mesmo sexo

3.2.1) Falar em orientação sexual e vedação de discriminação em razão dela implica, necessária e anteriormente, indagar sobre o conteúdo das noções de sexo, sexualidade, saúde sexual e direitos sexuais. Sem pretensão de rigor científico ou de esgotar o assunto, referir-nos-emos às definições de trabalho da Organização Mundial da Saúde⁹.

O grupo técnico de consultoria em saúde sexual da OMS¹⁰ parte da definição de **sexo**, como o conjunto das características biológicas que definem os seres humanos como homens ou mulheres.

Segue-se definindo **sexualidade** como um aspecto central do ser humano ao longo do ciclo da vida que compreende o sexo, a identidade de gênero, a **orientação sexual**, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. Afirma-se, ainda, que a sexualidade se experimenta por meio dos pensamentos, fantasias, desejos, atitudes, valores, crenças, práticas e relações, ainda que nem sempre essas dimensões sejam experimentadas ou expressadas. A sexualidade é também vista como influenciada por uma interação de fatores

⁸ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

⁹ http://www.who.int/reproductive-health/gender/sexual_health.html#2, em 10.12.04, 19h10min.

¹⁰ As definições transcritas a seguir são traduções livres dos conceitos apontados no sítio da OMS, razão pela qual não foram utilizadas aspas no texto principal.

biológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais.

Por **saúde sexual** entende-se um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social relacionado à sexualidade. A saúde sexual demanda um enfoque positivo e respeitoso da sexualidade e das relações sexuais assim como a possibilidade de ter experiências sexuais seguras, livres de coerção, discriminação e violência. Para que dela se possa fruir os direitos sexuais de todas as pessoas devem ser respeitados e protegidos.

Por fim, ainda segundo a Organização Mundial da Saúde, entende-se por **direitos sexuais** aqueles direitos humanos reconhecidos nas leis nacionais, documentos internacionais de direitos humanos e outros documentos de consenso. Estão incluídos os direitos de todas as pessoas – livres de coerção, discriminação e violência: ao mais alto nível de saúde alcançável em relação à sexualidade, incluídos serviços de acesso à saúde reprodutiva; a buscar, receber e compartilhar informação relativa à sexualidade; à educação em sexualidade; ao respeito pela integridade corporal; à escolha do parceiro; a decidir estar sexualmente ativo ou não; a manter relações sexuais consensuais; a contrair matrimônio consensualmente; a decidir por ter (e quando) ou não ter filhos e a buscar uma vida sexual satisfatória, segura e prazerosa¹¹.

É no contexto da tutela dos direitos sexuais que se insere a necessidade de um enfoque positivo a respeito da orientação sexual de cada ser humano. Sua proteção jurídica é consagrada pela Constituição Federal, como buscaremos delimitar adiante; trata-se de uma das manifestações da liberdade, que diz respeito às escolhas que cada pessoa faz sobre se e com quem deseja comungar sua sexualidade.

Mais além, não se pode ignorar que o ser humano, no exercício dessa liberdade de orientação sexual pode passar a compartilhar a vida com outra pessoa, seja do mesmo sexo ou não. Por **homo-afetiva** entende-se aquela relação de companheirismo existente entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, uma união civil entre pessoas do mesmo sexo.

3.2.2) Isonomia e discriminação

Sem o propósito de aprofundamento em discussões de cunho filosófico-jurídico, incumbe aqui simplesmente pontuar que a argumentação a se desenvolver a propósito do princípio da isonomia pressupõe a concepção jurídica da **igualdade material**. A toda evidência, está-se a falar de um entendimento que encontra fundamento remoto na incansavelmente repetida máxima aristotélica segundo a qual a igualdade se efetiva com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

¹¹ Ao final das definições há a oportuna lembrança de que “*The responsible exercise of human rights requires that all persons respect the rights of others*”.

Partindo do paradigma segundo o qual é possível estabelecer diferença de tratamento jurídico para aquelas situações em que há diferenças materiais, a questão que se põe a seguir é indagar de que maneira tal tratamento diferenciado estará lógica e juridicamente justificado.

Das lições que *Celso Antônio Bandeira de Mello* dá a respeito das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia extrai-se que são três os pontos a serem analisados: o primeiro diz com a identificação do fator adotado como critério discriminatório; o segundo implica argüir se há fundamento racional (correlação lógica) entre o fator escolhido como critério de discrimen e a disparidade de tratamento estabelecida e, por fim, investigar se a correlação existente em abstrato é ou não conforme aos valores prestigiados na Constituição¹². Sob o aspecto jurídico, portanto, o tratamento diferenciado estará justificado desde que haja, *simultaneamente*, fundamento lógico e conformidade ao sistema normativo constitucional.

Em sentido conforme vêm as palavras de *José Afonso da Silva*, para quem é o legislador que originalmente definirá que aspectos serão levados em conta nas diferenciações legais, i.e., é o legislador que julgará como "essenciais" ou "relevantes" determinados fatores¹³.

No que diz exatamente com a causa de pedir da presente ação, incumbe indagar, neste momento, se o poder estatal¹⁴ está autorizado a escolher como essencial ou relevante, o fator **orientação sexual**.

3.2.3) Vedação de discriminação como objetivo fundamental da República; princípio consagrado em documentos internacionais e em tratados ratificados pelo Brasil

a) No que diz respeito à vedação de discriminação em razão de orientação sexual, encontramos-la consagrada desde os **objetivos fundamentais** da República. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, prevê a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto, a vedação de discriminação em razão de *orientação sexual* só não é **literal**, mas é **evidente** no texto constitucional porque manifesta por meio de uma interpretação sistemática, histórica e consagradora dos direitos humanos.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de *in* *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 23-4.

¹³ "(...) os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador, este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas (...)" (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 219)

¹⁴ Entenda-se por poder estatal qualquer dos Poderes constituídos, uma vez que os enunciados consagradores dos direitos fundamentais dirigem-se naturalmente a todos eles.

Tal vedação surge manifesta no referido artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, e é identificável em duas possíveis vertentes.

Há quem – como José Afonso da Silva – a veja amparada pela cláusula genérica de *encerramento* do artigo 3º, inciso, IV, da Constituição Federal, que faz menção a “*quaisquer outras formas de discriminação*”.

“O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica, à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres. Ao fazê-lo, dir-se-ia desnecessário fazer expressas proibições de discrimine com base no sexo (art. 3º, IV, e art. 7º, XXX), embora ela própria o tenha feito, como lembramos acima, a favor das mulheres (arts. 41, III, e 202).

*A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos **homossexuais**. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas **igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem**. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são **suficientemente abrangentes** para recolher também aqueles fatores [orientação sexual], que têm servido de base para desigualdades e preconceitos”¹⁵.*

Outros – como Roger Raupp Rios¹⁶ – vêem na própria vedação de discriminação em razão do **sexo** tutela suficiente a proibir discriminação em razão de **orientação sexual**:

“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 deste tipo de benefício, 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 a 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

¹⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 218.

¹⁶ Trecho de sentença prolatada pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios, em ação ordinária que tinha por objeto a admissão de companheiro homossexual como beneficiário do Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal. A referência encontra-se em petição inicial de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal (Procuradores da República, Drs. Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen) contra o INSS; autos nº 2000.71.00.009347-0)

*definição (da direção desejada, se 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).**" (g.n.).*

Quer se entenda a vedação de discriminação em razão de orientação sexual como subentendida na cláusula de encerramento do inciso IV, quer como abrangida pela vedação de discriminação em razão do sexo, o fato é que uma República que vê na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos (artigo 1º, inciso III), propõe-se a promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer espécie (artigo 3º, IV) e invoca o primado da igualdade (artigo 5º, *caput*) não pode compactuar com discriminação desse jaez.

b) No mesmo passo vêm a disciplina dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e o conteúdo de outros documentos internacionais. A subscrição de tais pactos por diversos países, dentre eles o Brasil, implica um compromisso internacional com a **efetivação** dos direitos, e não apenas seu reconhecimento formal.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, após invocar, em seu preâmbulo, o compromisso internacional com o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa, prevê - em seu artigo 1º - que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Como desdobramento necessário do primado da isonomia, a Declaração veda a consagração de discriminação que afronte os princípios nela consagrados¹⁷ :

Também o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* - tratado internacional assinado em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992¹⁸ - dispõe de maneira similar. Referido tratado pressupõe que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e prevê, em seu artigo 26 vedação de discriminação em razão do sexo e outros fatores¹⁹.

¹⁷ "Artigo 2º .1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.**(...)"

"Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação." (g.n.)

¹⁸ Sem ingressar nas discussões doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza jurídica do *status* adquirido pelos Tratados Internacionais quando ratificados pela República Federativa do Brasil, o fato é que implicam obrigatoriedade de cumprimento uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Com a promulgação da **Emenda Constitucional nº 45/04** foi acrescido o parágrafo terceiro ao artigo 5º, que prevê: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Não bastasse a normatização constitucional e internacional da vedação de discriminação injustificada, também no Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos encontra-se regramento similar. Com efeito, a *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)* – tratado internacional assinado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 – já em seu artigo 1º prevê dentre os deveres dos Estados-partes na convenção a vedação de toda discriminação, *por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*”.

c) Ao retomar as considerações doutrinárias acerca da legitimidade de diferenciações em face do ordenamento constitucional, i.e., se o fator eleito é “essencial” ou não, impõe-se a conclusão de que se a Constituição Federal elencou, de antemão, fatores que não podem ser considerados “essenciais” para discriminar, como é o caso dos dispositivos acima citados.

Nas palavras de Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen²⁰:

“O direito geral de igualdade do art. 5º permite aduzir o seguinte enunciado normativo: Todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não essenciais, portanto viola o princípio da igualdade qualquer discriminação fundada nestas características não contempladas pelo constituinte.

*Porém, embora fosse suficiente a previsão do art. 5º, caput, para vedar toda discriminação com base em características não previstas na Constituição, o constituinte, para reforçar a idéia de direitos humanos albergada pela Constituição Brasileira, foi mais adiante e **enunciou explicitamente algumas características não-essenciais**, ou seja, que em hipótese alguma poderiam ser usadas como motivo de discriminação.*

Citamos como exemplo desta técnica o inc. I do art. 5º (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição). Deste modo, o sexo é uma característica não essencial, sendo vedada toda discriminação por motivo de sexo.

Do mesmo modo o inc. IV do art. 3º: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

*Assim, a origem, a raça, o **sexo**, a cor e a idade são características **não-essenciais** (salvo, obviamente, quando a Constituição estabelece que em casos particulares tais características sejam consideradas essenciais, que é o que ocorre, por exemplo, com a idade mínima de 18 anos para o direito de voto)” (g.n.).*

Portanto, é possível afirmar que por força mesmo de **disposição constitucional**, a **orientação sexual** – entendida como abrangida pelo termo sexo ou pela cláusula de encerramento do artigo 3º, IV, da Constituição Federal – não pode ser considerada como característica “essencial” pelo legislador para o fim de discriminar tratamentos. O mesmo se diga com relação à **união civil** entre pessoas do mesmo sexo, verdadeiro desdobramento da liberdade de orientação

¹⁹ “Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, **sem discriminação alguma**, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas **proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” (g.n.)

²⁰ Petição inicial de ação civil pública referida na nota 16.

sexual; é dizer: o legislador não poderá discriminar, dispensar tratamento detrimetoso de qualquer natureza a quem, no exercício livre de sua sexualidade, opte por comungar sua vida com companheiro do mesmo sexo.

Além dos dispositivos constitucionais, atividade legislativa desse jaez viria em evidente afronta ao **princípio da proporcionalidade** que, como já tem o reconhecido nossa Corte Suprema, impõe que qualquer restrição legal a direito fundamental será legítima apenas e na medida em que busque resguardar um fim público justificável.

3.2.4) Liberdade de orientação sexual, união civil e ação positiva do Estado

Do quanto exposto extrai-se que a Constituição Federal consagra a *liberdade de orientação sexual*, e conseqüentemente **permite** – pois não há vedação expressa – que aquelas pessoas cuja orientação sexual seja voltada a um convivente do mesmo sexo, tenham uma vida em comum.

Evidentemente não se pode dar uma leitura pedestre ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal, para restringi-lo a uma regra de “não-atuar” estatal. A vedação de discriminação por orientação sexual – consagrada entre os objetivos fundamentais da República e os direitos fundamentais, e igualmente amparada no teor dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte, em evidente expressão de seu compromisso com a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais²¹ – por estar entre os objetivos fundamentais da República, é verdadeiro vetor de *atuação estatal*.

Isso implica concluir que no garantir as liberdades civis, o Estado ora se absterá de atuar, ora atuará positivamente, conforme seja adequado à efetivação de tal garantia. Se é certo que por muitas vezes a tutela dos direitos civis se faz por um “não-atuar” estatal (daí a doutrina tê-los denominado “liberdades negativas”), igualmente é certo que em outras tantas oportunidades sua defesa só será possível mediante um “atuar” estatal.

No que diz respeito à tutela da liberdade de orientação sexual, o ponto é muito bem explorado por *Samantha Buglione*:

“Porém, ainda é importante observar que os direitos civis e políticos vinculam-se ao universo tanto privado, das escolhas individuais, da privacidade, quanto ao universo público de definição de interesses coletivos.

No âmbito privado está a defesa da privacidade. Aqui, o privado, que também envolve o uso do corpo, implica uma “não” ação do Estado, uma ação negativa. Ou seja, ao Estado é negado a possibilidade de definir um padrão de comportamento (ethos). O Estado deve impedir que o privado seja violado, que as escolhas no âmbito da personalidade sejam elementos de limitação do exercício de outros direitos. Em outras palavras ninguém pode, por ser homossexual, ter limitados direitos como acesso à educação, saúde, direito

²¹ Constituição Federal, artigo 4º, inciso II.

de ir e vir, acesso a locais públicos, trabalho, etc. E ninguém, poderá ter seu universo privado invadido.

No âmbito público, de defesa de bens sociais prioritários, está a responsabilidade de fazer do Estado, de ação positiva. Falar em constitucionalização significa falar na necessidade de observar a hierarquia de bens sociais a ser protegida – hierarquia esta que está determinada na Constituição Federal. Ou seja, não está no topo da ordem social brasileira a proteção da heterossexualidade, mas a justiça social, a não discriminação, a dignidade humana, a liberdade. Isto significa que tanto as ações do Estado, quanto as relações entre os indivíduos estão subordinadas aos ditames constitucionais e não a moralidades de grupos específicos”²² (g.n.)

Ora, se a **liberdade de orientação sexual** é direito fundamental assegurado quer pelo artigo 5º, *caput* e inciso X e se a não discriminação em razão dela é imposta pelo artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal como verdadeira linha de atuação estatal, resta evidente que **aos três** Poderes constituídos impõe-se – cada qual em sua atividade típica – a observância de tais preceitos.

A atual ausência de legislação que regulamente a união civil entre pessoas do mesmo em nada desautoriza tal conclusão. Argumentar dessa forma equivale a afirmar que reticência do Poder Legislativo em exercer suas atividades em conformidade com a Constituição Federal impede o Poder Judiciário de exercer a atividade jurisdicional conforme à Constituição, o que é um absurdo.

Ademais, os **poderes legislativos** das diversas entidades da Federação e o próprio **Poder Judiciário** – federal e estadual – têm levado a efeito os preceitos constitucionais acima referidos. *Adriana Vianna e Paula Lacerda*, em excelente trabalho em que fornecem panorama dos direitos e políticas relativos à sexualidade no Brasil, apontam para a existência de ampla legislação estadual e municipal relativas à não discriminação e à promoção dos direitos sexuais²³.

Conforme mencionado na pesquisa, há mais de *setenta municípios* com legislação relativa ao tema discriminação. Destas, afirmam as pesquisadoras, uma norma recorrentemente estabelecida diz respeito à **vedação de discriminação** em estabelecimentos comerciais e em negociações para aquisição ou aluguel de imóvel ou outros bens. Fazem ainda menção às Leis Estaduais nº 14.170/02 (Minas Gerais), 12.574/03 (Santa Catarina) e 10.948/01 (São Paulo), que vedam a **prática de atos discriminatórios** em um contexto mais amplo, abrangendo inclusive situações de trabalho, especialmente admissão e demissão; à Lei Estadual nº 11.872/02 (Rio Grande do Sul), que dispõe sobre a promoção e o reconhecimento da **liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade e preferência sexual**; à Lei Municipal nº 8.283/91 (Belo Horizonte), que instituiu o Dia Municipal de Luta contra a Discriminação; Lei Estadual nº 3.706/02 (Rio de Janeiro), que reconheceu direito à **percepção de benefícios previdenciários** a companheiros de servidor público estadual; Lei Municipal nº 16.730/01 (Recife), que reconheceu o **direito de pensão** ao companheiro homossexual de servidor público; Lei Municipal nº 4.798/02 (Pelotas), que reconheceu o direito de percepção de

²² “Direitos Sexuais, Direitos Cívicos e Direitos Humanos – Convergências, Divergências e Humanidades” in *Homossexualidade: Produção cultural, cidadania e Saúde*, Luís Felipe Rios, Vagner de Almeida, Richard Parker, Cristina Pimenta e Veriano Terto Jr. (org.). Rio de Janeiro, Abia, 2004, p. 152.

²³ Vianna, Adriana. Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico / Adriana Vianna, Paula Lacerda – Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. pp. 52/58.

benefícios previdenciários ao companheiro homossexual de servidor público. Referem-se, ainda, ao projeto de lei 379/03, para a instituição do Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual e ao projeto de lei referente à regulação da união civil de pessoas do mesmo sexo.

As pesquisadoras apontam o Poder Judiciário como **arena fundamental** na construção dos direitos das minorias sexuais nos últimos anos, citando a extensão dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão aos casais homossexuais, em decorrência de sentença em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul; o ato normativo da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do qual determinou-se aos oficiais de registros e notas que aceitassem pedidos de registros de documentos relativos à união entre pessoas do mesmo sexo, além de precedentes relativos a direitos sucessórios e dependência em planos privados de saúde, entre outros. Cumprirá destacar adiante alguns desses precedentes.

3.3) Discriminação e tutela jurisdicional

Como já se disse, a causa de pedir fática da presente demanda repousa na negativa da União Federal em negar ao companheiro que mantivesse com o falecido união homo-afetiva, a possibilidade de autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante.

Ao fazê-lo, ampara-se a demandada apenas na literalidade da lei, do que resulta *tratamento diferenciado* entre, de um lado, pessoas casadas e companheiros heterossexuais e de outro, companheiros homossexuais; **reconhece** àqueles a legitimidade para autorizar a remoção de órgãos e **nega** a estes. Trata-se de interpretação que remete a ré a uma violação dos princípios da liberdade e igualdade e do princípio da promoção da justiça social e vedação de discriminação²⁴. Portanto, ao agir dessa maneira, a União incide em discriminação não autorizada pela Constituição.

A propósito de atos discriminatórios inconstitucionais, o professor *José Afonso da Silva* identifica duas possíveis situações: naquelas hipóteses em que o ato impõe "*obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas*", a solução será a declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório; já naqueles casos em que o ato outorga benefício *legítimo* a pessoas ou grupos, a solução estará precisamente em estender o benefício aos discriminados:

"São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional.

*Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. **Como então resolver a***

²⁴ Constituição Federal, artigo 5º, *caput* e 3º, IV, da Constituição Federal.

inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso.²⁵.

No mesmo sentido, Paulo *Gilberto Cogo Leivas* e *Marcelo Veiga Beckhausen* apontam que nas jurisprudências do Tribunal Constitucional Alemão e do Supremo Tribunal Federal há um consenso de que quando a lei ou ato administrativo exclui determinadas pessoas ou grupos do gozo de benefício, surge para o prejudicado o direito de buscar no Judiciário a concessão de tal benefício²⁶.

Inegável a importância do papel que incumbe ao Poder Judiciário de salvaguarda dos princípios constitucionais, apesar (e em razão mesmo) da omissão legislativa. Não custa lembrar os inúmeros precedentes judiciais que, mesmo antes do reconhecimento constitucional e legal das relações de companheirismo entre **homem e mulher**, reconheceram às companheiras os mesmos direitos que a lei formalmente restringia às mulheres casadas...

Inegável, ainda, que o Poder Judiciário, desempenhando um papel de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais, já tem dado exemplos contundentes de um forte compromisso com a defesa da dignidade da pessoa humana, rompendo com uma postura preconceituosa de inferiorização do outro. A propósito, cumpre destacar algumas ementas de julgamento pertinentes ao tema:

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. 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.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1996. P. 222

²⁶ Ação civil pública referida na nota 16. Os DD. Procuradores da República fazem ainda menção a precedentes do STF e do STJ em que tal entendimento foi consagrado: RE 179.646-4, STF, Segunda Turma (matéria previdenciária); MS 4.092-4, STJ, Relator Min. Jesus Costa Lima (proventos) e AC90.02.20512/RJ, TRF- 2ª Região, 1ª Turma (indenização a militar).

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 abrandando 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.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas "doenças oportunistas", sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo é crucial, mais do que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados, para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

(...)

12. Apelações improvidas. (g.n)

(TRF 4ª Região – 3ª Turma, AC 170491, rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. 20.08.98, DJU 24.11.98, p. 585)

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. (g.n)

(TRF 4ª Região – 4ª Turma, AC 412151, rel. Juiz Edgard A Lippmann Junior, j. 17.10.02, DJU 20.11.02, p.422)

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 providas. (g.n.)

(TRF 4ª Região – 6ª Turma, AC 349785 rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, j. 21.11.00, DJU 10.01.01, p.373)

PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE **COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL** SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. **PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO.** COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO.

I. A INEXISTÊNCIA DE NORMA QUE REGULE SITUAÇÃO FÁTICA SOCIALMENTE RECONHECIDA, MAS QUE NÃO ENCONTRA PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO, NÃO SE FAZ BASTANTE PARA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, QUE, APENAS, SE CARACTERIZARIA NA HIPÓTESE DE EXPRESSA VEDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AO DEFERIMENTO DA PRETENSÃO DO LITIGANTE.

II. É RECONHECIDO PELA DOUTRINA O FATO DE QUE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS APRESENTAM LACUNAS, QUE SE TORNAM MAIS EVIDENTES NOS DIAS ATUAIS, EM VIRTUDE DO DESCOMPASSO ENTRE A ATIVIDADE LEGISLATIVA E O CÉLERE PROCESSO DE TRANSFORMAÇÕES POR QUE PASSA A SOCIEDADE, DE MODO QUE CABE AO JUIZ, DIANTE DE CONTROVÉRSIAS ÀS QUAIS FALTE A NORMA ESPECÍFICA QUE SE LHE APLIQUE, BUSCAR A INTEGRAÇÃO ENTRE DIREITO E REALIDADE, AMPARANDO-SE NOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, E MORMENTE, COMO É O CASO, FAZENDO USO DO MÉTODO DA ANALOGIA, EVITANDO, ASSIM, O NON LIQUET.

III. A LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS, REGIDA PELA LEI Nº 8.112/90, PREVÊ A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE, COMPANHEIRO DO DE CUJUS, SEM QUALQUER VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE ESTES SEJAM DO MESMO SEXO.

IV. O ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESGRIMIDO PELA AUTARQUIA APELANTE COMO NORMA PROIBITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO EM COMENTO, CUIDA ESPECIFICAMENTE DA FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES DE CASAMENTO, NÃO VISANDO A REGULAR MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA QUE É TRATADA EM CAPÍTULO PRÓPRIO DA LEX MATER.

V. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ERIGIU O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COM POSTULADO FUNDAMENTAL, COM APLICAÇÃO ESPECÍFICA EM RELAÇÃO A PROTEÇÃO REFERENTE A DISCRIMINAÇÕES QUANTO AO GÊNERO, CONSOANTE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, INCISO IV, 5º, INCISO I, E 7º, INCISO XXX, TODOS DA CARTA MAGNA, SENDO, POR ISSO, VEDADAS DISTINÇÕES DE QUALQUER NATUREZA, EM RAZÃO DA OPÇÃO SEXUAL DO INDIVÍDUO.

VI. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO PREVIDENCIÁRIA PARA COMPANHEIRO(A) DE HOMOSSEXUAL, NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, CONSUBSTANCIADO NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000, EDITADA PELO INSS, PODE SER UTILIZADA, POR ANALOGIA, PARA A CONCESSÃO DE TAL BENEFÍCIO AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

VII. EXAUSTIVAMENTE COMPROVADA PELO PROMOVENTE, INCLUSIVE ATRAVÉS DE PROVA DOCUMENTAL, A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO AO DE CUJUS, CONSEQÜÊNCIA DIRETA DO DESFAZIMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL PRÓPRIA, EM FACE DO PROJETO DE VIDA EM COMUM, TAMBÉM CABALMENTE DEMONSTRADO.

VIII. PREENCHIDAS PELO AUTOR, DIVERSAS DAS EXIGÊNCIAS CONSTANTES DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SUSO MENCIONADA, E SENDO-LHE VEDADO MATERIALIZAR OS DEMAIS ITENS, POR OBSTRUÇÃO DO PRÓPRIO PODER PÚBLICO, QUE NÃO ADMITIRIA A SUA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE DO DE CUJUS, PARA EFEITOS FISCAIS E DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NA FICHA CADASTRAL DO ÓRGÃO PATRONAL, É DE LHE SER CONCEDIDO O DIREITO À PENSÃO REQUERIDA.

IX. A IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DEVE SER RETROATIVA À DATA DO ÓBITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 215, DA LEI Nº 8.112/90, SENDO MANTIDOS OS JUROS DE MORA À TAXA DE 0,5 % (MEIO POR CENTO), A PARTIR DA CITAÇÃO, E OS HONORÁRIOS EM 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO.

X. APELAÇÃO E REMESSA IMPROVIDAS. (g.n.)

(TRF 5ª Região – 1ª Turma, AC 238842 rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, j. 30.08.01, DJU 13.03.02, p.1163)

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO

QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPORTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. (g.n.)

(STJ 4ª Turma, Resp 148897 rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.98, DJU 13.03.02, p.1163)

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 HOMOGENEOS. 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.

(TRF 4ª Região – 6ª Turma, AI 59429, rel. Juiz Luis Carlos de Castro Lugon, j. 27.06.00, DJU 26.07.00, p.679)

Dos julgados acima referidos depreende-se que a fundamentação constitucional para reconhecer direitos aos companheiros homossexuais gira em torno, essencialmente, dos

princípios da liberdade, da igualdade, do compromisso com a dignidade da pessoa humana e da vedação da discriminação em razão do sexo (orientação sexual).

Há quem entenda, inclusive – como mencionado na última ementa – que a redação do artigo 226, §3º, da Constituição Federal pode amparar a tutela do companheiro do mesmo sexo. O raciocínio foge de uma interpretação estritamente gramatical “*a contrario sensu*” do referido parágrafo – que levaria à conclusão de que se a Constituição expressamente apenas consagrou a união estável entre homem e mulher, automaticamente teria excluído a união entre pessoas do mesmo sexo – para afirmar que, na ausência de vedação expressa da Constituição, nada impede que se reconheça a possibilidade jurídica de união estável. A construção da argumentação é bastante razoável, notadamente porque amparada numa interpretação harmoniosa de tal artigo com os princípios e direitos fundamentais. Poderíamos ainda considerar que o Constituinte buscou legitimar uma situação de fato que há muito existia no país: a união civil entre homens e mulheres fora do casamento; a inteligência do artigo, portanto, deve se guiar pelo espectro da tutela, da proteção aos direitos, jamais por sua restrição. O reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, nesse sentido, é plenamente concordante com o preceito constitucional segundo o qual “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”²⁷.

Ainda que não se chegue a tanto, o reconhecimento de direitos às pessoas de mesmo sexo que vivam em união civil, decorre de todos os princípios e dispositivos constitucionais até agora lembrados.

3.4) Interpretação do artigo 4º da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 em conformidade com Constituição Federal

a) Parece claro que o artigo 4º da Lei Federal nº 9.434/97, com a redação dada pela Lei Federal 10.211, de 23 de março de 2003, dá margem ao que a doutrina chama de *espaço de decisão*, i.e., possibilita mais de uma interpretação, uma conforme à Constituição Federal e outra que vem contra seus preceitos.

Em razão mesmo do dogma da supremacia da Constituição Federal em relação a todo o ordenamento jurídico, é de se concluir que na hipótese de existirem duas ou mais vias interpretativas possíveis, haverá que prevalecer a leitura da lei que melhor se conforme à Carta Magna. Trata-se do que se convencionou chamar de *interpretação conforme à Constituição*. A propósito do tema *Alexandre de Moraes* esclarece que:

“A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis deverá ser encontrada a significação que

²⁷ Constituição Federal, artigo 5º, §2º.

Ministério Público Federal

*apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico*²⁸.

O espaço de interpretação que diz com o referido artigo 4º está caracterizado pela possibilidade de duas interpretações: **a)** uma que, amparada apenas na literalidade²⁹ da lei, impõe um *tratamento diferenciado* entre, de um lado, pessoas casadas e companheiros heterossexuais e de outro, companheiros homossexuais; **reconhece** àqueles a legitimidade para autorizar a remoção de órgãos e **nega** a estes, e **b)** outra que, invocando os princípios da liberdade, da igualdade, do princípio da promoção da justiça social e da vedação de discriminação, invoca um entendimento compromissado com a tutela dos direitos fundamentais e implica **reconhecer** também aos companheiros homossexuais a legitimidade para autorizar a remoção de órgãos.

O reconhecimento judicial da segunda via é o que, evidentemente, busca o Ministério Público Federal por meio desta ação.

b) À toda evidência a discussão de fundo constitucional aqui diz com a *causa de pedir* da presente ação civil pública, não com o seu pedido. Portanto, não se dá causa a nenhuma “usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal” no que diz com o exercício do controle concentrado de constitucionalidade. O controle aqui é de natureza difusa.

A fim de evitar o enfadonho, reportemo-nos ao que já decidiu o próprio *Supremo Tribunal Federal*, em decisão mencionada no Informativo nº 339:

*“Concluído o julgamento de medida cautelar em reclamação, em que se sustentava que o deferimento de liminares em ações civis públicas, cujo objeto seria a declaração de inconstitucionalidade de normas do Estado do Rio de Janeiro que disciplinam o funcionamento dos bingos, teria usurpado a competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade - v. Informativo 333. O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão que suspendera o curso das mencionadas ações, bem como os efeitos das liminares ali concedidas, mas, à vista da singularidade do caso concreto - decorrente do fato de as ações civis públicas terem adotado, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de decreto também impugnado em ação direta pendente de julgamento nesta Corte -, determinou a suspensão, com efeitos ex nunc, das mencionadas ações civis públicas, ficando mantida, assim, a eficácia das tutelas nelas deferidas, pelas quais se determinou a interrupção do funcionamento de bingos no Estado do Rio de Janeiro. Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações decorre não da sustentada usurpação da competência, mas sim do objetivo de coibir eventual trânsito em julgado nas referidas ações, com o conseqüente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta. O Tribunal, **reconhecendo, portanto, a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade pela via difusa, afastou a alegada usurpação da competência do STF**, uma vez que, no caso concreto, a controvérsia posta nas ações civis públicas, acerca da **inconstitucionalidade de decreto do Estado do Rio de Janeiro, não constitui objeto único do pedido, mas causa de pedir, caracterizando-se como questão prejudicial à resolução do litígio principal. Salientou-se, ainda, o fato de que o pedido de suspensão de funcionamento dos bingos formulado nas ações civis públicas, consubstancia pedido de efeitos concretos, insusceptível de ser obtido em sede de ação direta. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que referendava o ato pelo qual suspendera o curso dos processos mencionados, bem como os efeitos das liminares ali***

²⁸ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2001.

²⁹ A se levar as justificativas apontadas pela União Federal às últimas conseqüências poderíamos, inclusive, chegar à esdrúxula conclusão de que nem os conviventes heterossexuais supérstites teriam tal legitimidade: é que o legislador parece ter esquecido de os contemplar no mencionado artigo...

Ministério Público Federal

concedidas. (Rcl 2460 MC/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 10.3.2004)” (g.n.)

Há, ainda, um outro precedente, que surgiu por força de Reclamação ajuizada no Supremo Tribunal Federal para argüir usurpação de competência justamente em relação a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal para obrigar a União a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, aqui mencionada:

“DESPACHO: 1. Trata-se de reclamação ajuizada perante esta Corte pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra a Juíza Federal da 3.ª Vara Previdenciária de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul que concedeu liminar em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, para obrigar o reclamante, em todo o território nacional, a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo por entender inconstitucional a limitação imposta pelo art. 3.º do artigo 16 da Lei 8.213/91. Alega-se, na reclamação, unicamente, que essa ação civil pública se apresenta como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, que é da competência exclusiva desta Corte que está, portanto, sendo usurpada. 2. Sucede, porém, que o Plenário deste Tribunal, a partir do julgamento das reclamações 597 e 600, já firmou o entendimento de que a ação civil pública, em casos como o presente que tem por objeto direitos individuais homogêneos, não é substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, e isso porque se trata, nessas hipóteses, de ação ajuizada, entre partes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e definido, de ordem patrimonial, objeto que não poderia ser alcançado em controle em abstrato de ato normativo. 3. Em face do exposto, e com base nessa orientação, nego seguimento a presente reclamação. Brasília, 08 de maio de 2000. Ministro MOREIRA ALVES Relator” (Reclamação nº 1499).

4) Além das razões de direito até aqui expostas há outras considerações finais que, acredita-se, merecem registro.

Não se pode ignorar que há, no país, um número considerável de homossexuais³⁰. Não se pode, ainda, ignorar que muitos deles optam por compartilhar sua vida com um (a) companheiro(a), em relações de convívio diário e mútua assistência (material e moral, como em qualquer outro relacionamento).

Quem, melhor do que o companheiro, para saber dos desígnios pessoais da pessoa com quem vivia? Quem melhor do que o companheiro convivente, que compartilhou momentos de vida e acompanhou o de cujus, para determinar se era seu desígnio ver seus órgãos transferidos?

Há ainda que se presumir que o companheiro, i.e., a pessoa com quem o falecido convivia, seja – naturalmente – quem mais próximo dele se encontra quando do falecimento. Trata-se de circunstância extremamente importante em razão da **rapidez** com que a decisão pelo transplante – se positiva – precisa ser levada à efeito.

Conforme informações colhidas no sítio do Ministério da Saúde o tempo de retirada de órgãos, constatada a morte encefálica, é extremamente exíguo:

³⁰ Apontam-se como mais confiáveis os dados do Relatório Kinsey (*Sexual Behavior in the human male* e *Sexual Behavior in the human female*), estudo sobre a sexualidade americana. No estudo, a população não é dividida em dois grupos (heterossexual/homossexual), mas preconiza uma escala em que vai, de maneira gradativa, dos exclusivamente heterossexuais aos exclusivamente homossexuais. De uma maneira geral, pode-se dizer que os números relativos aos homossexuais (exclusiva ou predominantemente) vão de, aproximadamente, 5% a 15%.

“Quero ser um doador de órgãos. O que posso doar?”

- **Córneas** (retiradas do doador até seis horas depois da parada cardíaca e mantidas fora do corpo por até sete dias);
- **Coração** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantido fora do corpo por no máximo seis horas);
- **Pulmão** (retirados do doador antes da parada cardíaca e mantidos fora do corpo por no máximo seis horas);
- **Rins** (retirados do doador até 30 minutos após a parada cardíaca e mantidos fora do corpo até 48 horas);
- **Fígado** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantido fora do corpo por no máximo 24 horas);
- **Pâncreas** (retirado do doador antes da parada cardíaca e mantido fora do corpo por no máximo 24 horas);
- **Ossos** (retirados do doador até seis horas depois da parada cardíaca e mantidos fora do corpo por até cinco anos).
- **Medula Óssea** (se compatível, feita por meio de aspiração óssea ou coleta de sangue)
- **Pele**
- **Válvulas Cardíacas**³¹

Em razão disso mesmo é que a sistemática de captação e distribuição de órgãos exige estrutura material adequada, pessoal qualificado e rapidez na realização dos procedimentos³².

O tema diz, portanto, com a *política pública de promoção de doação de órgãos*. Não se pode ignorar que a interpretação que se busca ver reconhecida é mais adequada à idéia de *facilitação* da doação de órgãos, tecidos e substâncias humanas, verdadeiro comando constitucional (Constituição Federal, artigo 199, §4º)³³. Trata-se de preceito cuja observância merece a consideração do Poder Judiciário, notadamente quando se vê que a demanda para transplantes é muito grande³⁴.

³¹ <http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/duvidas.htm>, em 16.07.04 (fl. 67 do procedimento)

³² É o que também se depreende da forma em que organizado o Sistema de Transplantes do Estado de São Paulo, que segue as diretrizes do Sistema Nacional de Transplantes. Conforme informações prestadas pela Secretaria de Estado da Saúde, as *Organizações de Procura de Órgãos* tem as atribuições de: “a) desenvolver atividades de sensibilização da população para a doação de órgãos e atividades de orientação e educação continuada sobre transplantes, doação e identificação de doadores para profissionais da área da saúde, de sua área territorial de atuação; b) desenvolver atividades, junto aos Hospitais Notificantes em especial aqueles que possuem comissão Intra-hospitalar de Transplantes, de sensibilização, orientação, educação continuada sobre transplantes, doação e identificação de doadores para os profissionais da área de saúde; c) proceder à procura e identificação do doador potencial de órgãos, na sua área territorial de atuação, que estejam clinicamente, legalmente e eticamente capazes de transformar-se em doador; d) realizar o diagnóstico de morte encefálica, nos termos da legislação em vigor; e) providenciar, se necessário, a avaliação laboratorial do doador potencial; promover a manutenção clínica e o preparo do doador para a retirada dos órgãos; f) providenciar, se necessário, a remoção do doador potencial, de qualquer unidade médica da sua área territorial de atuação, para o seu ou para um dos Hospitais que integram a área de atuação; g) notificar, imediatamente, à CT o doador com suas características clínicas; h) definir o horário de retirada do(s) órgão(s)/tecido(s), disponibilizar o doador para a Equipe Médica de Transplantes e coordenar a retirada dos órgãos indicados para transplante, providenciar a retirada dos rins”.

³³ A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

³⁴ Nesse sentido manifestam-se Chen, Roderick T. e Glazier, Alexandra K.:

“(…) Finally, there are special reasons for courts to consider allowing a decedent’s civil union partner to consent to an anatomical gift. Courts may wish to recognize a public policy in promoting organ

Ressaltem-se, a propósito, informações oficiais sobre a espera para transplantes no Brasil³⁵:

LISTA DE ESPERA PARA TRANSPLANTE - NOVEMBRO / 2004								
ESTADOS	CORAÇÃO	CÓRNEA	FÍGADO	PULMÃO	RIM	RIM/PÂNCREAS	PÂNCREAS	TOTAL
Alagoas*	5	231			723	-	-	959
Amazonas	-	363	-	-	503	-	-	866
Bahia	-	482	189	-	1.240	-	-	1.911
Ceará	10	1.189	106	-	423	-	-	1.728
Distrito Federal		1.108	2	2	516	-	-	1.628
Espírito Santo	1	315	3		849	-	-	1.168
Goiás	7	1.781	-	-	405	-	-	2.193
Maranhão		267	-	-	0	-	-	267
Mato Grosso*	2	308	-	-	710	-	-	1.020
Mato Grosso do Sul	17	59	-	-	302	-	-	378
Minas Gerais	6	2.132	146	2	4.268	53	64	6.671
Pará	2	511	-	-	615	-	-	1.128
Paraíba	-	25	6	-	398	-	-	429
Paraná	55	1.148	435		2.246	38	13	3.935
Pernambuco	4	2.999	361	-	2.469	-	-	5.833
Piauí	-	664	-	-	422	-	-	1.086
Rio de Janeiro	9	2.702	1.131	7	2.965	20	2	6.836
Rio Grande do Norte	1	483	-	-	740	-	-	1.224
Rio Grande do Sul**	33	1.202	372	67	1.445	24	12	3.155
Santa Catarina	15	908	23	-	313	6	1	1.266
São Paulo	84	5.453	3.539	23	9.952	242	121	19.414
Sergipe	3	268	-	-	233	-	-	504
TOTAL	254	24.598	6.313	101	31.737	383	213	63.599

* Dados de outubro de 2004

Fonte: CNNCDO/SNT/MS

** Dados de setembro de 2004.

donations and anatomical gifts, especially when the need for transplants is so great. Courts also may recognize that allowing a civil union or domestic partner to consent to an anatomical gift is typically consistent with the decedent's wishes. Questions of conflicts of laws aside, a person who enters into a civil union clearly intends for her civil union partner to take the role of her spouse. That person will live, and ultimately die, relying in this fact (...) (g.n.) ("Can Same-Sex Partners Consent to Organ Donation" in American Journal of Law and Medicine, 29. Boston, American Society of Law, Medicine & Ethics, Boston University School of Law, p. 40, 2003.)

³⁵ <http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes>, em 13.01.05 (fl. 124 do procedimento)

Por fim, não custa lembrar que a discussão jurídica – porque humana – não é imune a considerações de fundo moral. Surge, contudo, a necessidade de que o nível do debate se eleve, divorciando-se de preconceitos e de convenções irracionais para fundar-se numa dialética própria de uma sociedade democrática.

Se é mesmo impossível imaginar um Direito que seja plenamente imune a uma certa moral, ao menos resta a constatação de que num *sistema democrático* o Direito assume uma “*moral de caráter crítico*”³⁶, cujos vetores estão traçados, principiologicamente, na própria Constituição Federal. A propósito da controvérsia entre *moral convencional* e *moral crítica* pondera o Professor José Reinaldo de Lima Lopes:

“Na mesma linha de raciocínio há o ensaio de Ronald Dworkin (Dworkin, 1977, 240-258). Dworkin também crê que o que está em jogo no debate é uma controvérsia entre uma **moral convencional** (que acredita que as regras morais fundam-se em convenções) e uma **moral crítica** (que acredita que as regras morais devem ser submetidas a certos crivos da razão). Naturalmente, Dworkin não nega que moralidades históricas podem resultar de aceitação de facto de certas práticas. O que ele nega é que sua existência de facto equivalha à sua justificação ou fundamentação. Embora façamos muita coisa sem perguntar o porquê, se for colocada a questão do fundamento, a resposta moral não pode ser “porque sempre se fez assim” ou “porque todos fazem assim”. **Dworkin propõe então alguns crivos para as opiniões morais:**

a – os **preconceitos não são razões válidas** (acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade);

b – o **sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral;**

c – o **julgamento moral baseado sem razões de fato que são falsas ou implausíveis não é aceitável** (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam ou que não os há na natureza - ou seja, em outras espécies animais assexuadas – práticas homossexuais);

d – o **julgamento moral baseado nas crenças alheias** (todos sabem que a homossexualidade é um mal) **também não está suficientemente justificado.**

Em resumo, o direito de uma sociedade democrática, ao contrário do que imaginam os menos preparados, não é um direito sem moral, mas um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico. **O sistema constitucional, que estatui o tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa humana e a liberdade moral dos cidadãos é um sistema jurídico com uma agenda moral crítica.** Isso o distingue dos trágicos regimes autoritários dos últimos dois séculos. As práticas sociais podem ser autoritárias, mas o direito é – ou deve ser – um antídoto contra tais práticas.”(g.n.)³⁷.

5) Dos pedidos

A ação civil pública pleiteia, assim, a condenação da União Federal à obrigação de fazer consistente em admitir como legítima a autorização para remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante, feita por quem mantivesse com o falecido relação de companheirismo entre pessoas do mesmo sexo. O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, ao confundir critério para fixação da competência (território) com os efeitos da decisão, não possui nenhuma aplicação neste feito.

³⁶ A expressão é do Professor José Reinaldo de Lima Lopes; “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas” in *A Justiça e os Direitos de Gays e Lésbicas, Jurisprudência Comentada*. Célio Golin, Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.). Porto Alegre, Sulina, 2003, p. 16.

³⁷ Idem.

A pessoa jurídica que figura no pólo passivo desta ação é de âmbito nacional, assim como estão espalhados pelo território nacional os prejudicados por seus atos. A natureza do objeto da presente ação não admite o fracionamento da decisão, ou ensejaria novas injustiças que aqui se busca evitar. Não é crível que algumas pessoas no país possam se valer do legítimo direito de decidir sobre a doação de órgãos do companheiro falecido e a outras seja vedado tal exercício matérias³⁸. De rigor, portanto, o reconhecimento de seu âmbito nacional.

5.1) Tutela antecipada

É certo que o Código de Processo Civil, no artigo 273, possibilita à parte a feitura de requerimento de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova inequívoca de verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

As considerações feitas na fundamentação bem evidenciam a existência do requisito da "inequívoca verossimilhança". É fato incontroverso que homossexuais que vivem em união civil têm cerceado um de seus direitos, em evidente afronta aos princípios da liberdade, da igualdade, do compromisso com a dignidade da pessoa humana e da vedação da discriminação em razão da orientação sexual. A negativa formal do Ministério da Saúde reconhecer a união entre homossexuais para fins de transplante é prova inequívoca disso³⁹.

O *periculum in mora* qualificado do artigo 273 do CPC é igualmente evidente na medida em que milhares de pessoas encontram-se na situação descrita. Sendo certo que o companheiro, seja a pessoa que mais próximo do falecido se encontra quando do momento do falecimento, é evidentemente importante que a ele seja reconhecido o direito de deliberar sobre a doação de órgãos, notadamente em razão da rapidez com que a decisão pelo transplante – se positiva – precisa ser levada à efeito. Aguardar-se o término da ação judicial, além de implicar a persistência na violação de direitos fundamentais, significa inviabilizar a possibilidade de mais transplantes.

5.2) Diante do exposto vem o Ministério Público requerer:

a) em sede liminar, a concessão de **tutela antecipada** para o fim de determinar à União Federal que, na qualidade de gestora central do Sistema Nacional de Transplantes, passe a **considerar** o companheiro ou companheira homossexual como legitimado a autorizar a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante do companheiro(a) falecido, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmos requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais⁴⁰; **edite**, no prazo de cinco

³⁸ Fl. 49 do procedimento citado

³⁹ Fl. 115 do procedimento.

⁴⁰ Conforme informação prestada pela *Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde* a comprovação da união estável para fins de consentimento com a doação de órgãos deve ser feita por meio do contrato de união estável, nos termos do artigo 1725 do Código Civil. Na hipótese de esse contrato não existir, aponta a União para o uso, por analogia, do Regulamento Geral da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que em seu artigo 22, §3º, prevê os documentos aceitos

Ministério Público Federal

dias, ato administrativo em que reproduza os termos desta decisão judicial e **encaminhe**, no mesmo prazo, cópia deste ato para todas as unidades integrantes do Sistema Nacional de Transplantes;

b) a citação da União Federal, na pessoa de seu Procurador Regional, para, querendo, contestar a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final procedência, sob pena de revelia e confissão;

c) seja julgada **procedente** a pretensão ora deduzida para o fim de, em caráter definitivo, condenar a União Federal ao cumprimento da obrigação de fazer consistente em admitir a autorização para remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante do companheiro(a) falecido, feita pelo companheiro ou companheira homossexual supérstite, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmos requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais, confirmando, portanto, os pedidos feitos em sede liminar, tendo em vista a evidente afronta ao princípio da proporcionalidade e aos princípios e dispositivos expressamente inculpidos na Constituição Federal de 1988, em especial os artigos 1º, III; 3º, I e IV; 5º, *caput*, inciso II e §2º; 196, 199, §4º e 226, §3º, em relação aos quais requer digne-se Vossa Excelência pronunciar-se expressamente para fins de prequestionamento;

d) sendo a questão de mérito unicamente de direito, seja julgada a lide antecipadamente, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Dá-se a causa o valor de 10.000,00 (dez mil reais).

Termos em que pede deferimento.

para a comprovação de vínculo ou dependência econômica para fins de inscrição de dependente (fl. 133/137 do procedimento). Dispõe o referido parágrafo que:

“§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 22/11/2000)

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III- declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

IV - disposições testamentárias;

V - anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente;

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII- apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;

XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.”

Ministério Público Federal

São Paulo, 14 de fevereiro de 2005.

LUIZ FERNANDO GASPAR COSTA
Procurador da República