



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

RELATOR : JUIZ FEDERAL CONVOCADO GUILHERME
CALMON/NO AFAST. RELATOR

APELANTE : B. C. M.

ADVOGADO : ADRIANO BARCELOS ROMEIRO

APELADO : UNIÃO FEDERAL

ORIGEM : DÉCIMA SEGUNDA VARA FEDERAL DO RIO
DE JANEIRO (200251010167013)

R E L A T Ó R I O

1. Cuida-se de Apelação em Mandado de Segurança interposta contra a r. sentença (fls. 148/152) proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 12ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que denegou a segurança requerida por B. C. M. A impetração se deveu à circunstância de o impetrante haver sido licenciado do Instituto Militar de Engenharia (IME) em razão de sanção disciplinar que lhe foi aplicada a bem da disciplina pelo Comandante do IME, sendo que após regularmente processado o mandado de segurança, o magistrado denegou a ordem sob o fundamento de que não houve vício na sindicância instaurada contra o impetrante.
2. Inconformado com a sentença o impetrante B. interpôs recurso de Apelação (fls. 155/157), sustentando que a sentença deve ser reformada. Observa que o procedimento instaurado contra o impetrante foi viciado desde o início. Registra que a instauração do procedimento não foi motivada para apuração do acesso a “sites” pornográficos, diversamente do que foi afirmado pela autoridade impetrada, mas sim por haver imputação ao impetrante de atitudes, comportamentos e conversas de tendência ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

homossexualismo, com afirmação expressa no sentido de que o impetrante admitira ser homossexual na presença de Oficiais do Corpo de Alunos e de alunos do 4º ano do Curso de Engenharia Química. Anota que as tendências homossexuais não podem ser consideradas ilícitas considerando a própria norma contida na Constituição Federal de 1988 (arts. 3º, inciso IV e 5º). Aduz que houve afronta ao disposto no art. 37, do texto constitucional, levando em conta que a Administração somente pode agir se e quando a lei determinar e na forma por ela estabelecida, em consonância com o princípio da legalidade. De todo modo, ainda que fosse admissível a instauração de sindicância com a finalidade prevista na portaria, haveria violação aos princípios da isonomia, reserva legal, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, já que a autoridade impetrada modificou os fatos objeto de apuração. Narra que foi vítima de uma farsa montada com o intuito de prejudicá-lo, com ofensa à sua personalidade e honradez, provavelmente em razão de vingança, tendo sido injustamente acusado de inobservar os preceitos da moral militar. Requer seja dado provimento ao recurso com a conseqüente concessão da segurança.

3. Regularmente recebido o recurso, foram oferecidas as contra-razões da UNIÃO FEDERAL (fls. 162/170), nas quais se sustenta que a sentença deve ser integralmente mantida. Arguiu-se, inicialmente, a ausência de direito líquido e certo já que o impetrante não comprovou o vício que teria causado a nulidade da sindicância em questão e, por isso, haveria necessidade de dilação probatória. No mérito, observa que é manifesta a improcedência do pedido eis que não ficou demonstrada a alegada ofensa ao princípio da isonomia. O que houve foi transgressão disciplinar por parte do impetrante devido à violação das normas concernentes à ética disciplinar ao utilizar o computador da instituição acadêmica para fins diversos do permitido. Apurou-se que o impetrante utilizara o equipamento da instituição para conversar em “chats”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

homossexuais, além de acessar “sites” pornográficos, além de terem sido encontradas fotos dele despido. Houve, assim, violação do disposto no art. 14, do Decreto nº 4.346/2002, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença denegatória.

4. Parecer do Ministério Público Federal (fls. 174/176) no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório. Peço dia.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Juiz Federal convocado na 8ª Turma – Relator

V O T O

1. O impetrante, ora Apelante, era aluno regularmente matriculado no Curso de Engenharia Química do Instituto Militar de Engenharia (IME), uma das instituições militares de ensino superior mais qualificadas na área de engenharia no Brasil, na época em que houve a instauração de procedimento administrativo-disciplinar tendo o mesmo como processado.

Conforme se verifica da leitura do documento de fl. 27 – intitulado “Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar” – foi imputado ao impetrante a seguinte conduta: *“O Al B. Ca. M. demonstrou através de atitudes, comportamentos e conversas, tendência ao homossexualismo, tendo admitido, claramente, sua condição de homossexual, na presença de Oficiais do Corpo de Alunos e de alunos do 4º ano do Curso de Engenharia Química”*. Tal procedimento se iniciou em razão da comunicação feita pelo Oficial R. de C. T., que obteve o despacho do Comandante datado de 08 de março de 2002 (fl. 28) em que ficou expresso que na vida militar deveriam ser observados os valores da ética militar, da honra pessoal, do pundonor militar e o decoro da classe.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

2. Com a instauração do procedimento, o impetrante teve oportunidade de apresentar defesa, fazendo-o através de manifestação escrita de próprio punho (fl. 44), tendo sido ouvido em depoimento pessoal, além de terem sido inquiridas algumas testemunhas. Ao término do procedimento, a autoridade coatora, o Sr. Comandante do IME apresentou a seguinte decisão administrativa:

“SOLUÇÃO DE SINDICÂNCIA

1. Em portaria reservada nº 001-SEC, de 08 de março de 2002, mandei instaurar a presente Sindicância, nomeando para Sindicante o Cel. QEM Jorge Menelau de Jesus, com o intuito de apurar a real extensão da transgressão disciplinar relatada na Parte nº 011 S-1/CA, de 08 de março de 2002, em que figura como transgressor o Aluno Praça Especial B. C. M., do Corpo de Alunos deste Instituto.

2. Analisadas as peças documentais constituintes desta Sindicância – em especial o relatório do Sindicante, os depoimentos das testemunhas arroladas, o depoimento e as manifestações de defesa do acusado, os anexos à Parte, já referida – à luz do que prescrevem o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980) e o Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 90.608, de 4 de dezembro de 1984).

Considero que os autos são suficientemente claros e consistentes para:

- caracterizar, por parte do acusado, a nítida prática de atos atentatórios à moral, aos bons costumes, à ética, ao pundonor militar e ao decoro da classe, especialmente decorrentes do uso da Rede Mundial de Computadores (internet) para acesso a “sites” pornográficos e participação ativa em “bate-papos” de mesma conotação;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

- situar, no espaço, a prática de tais atos como tendo ocorrido no interior desta Organização Militar, com o uso de meios computacionais de colega e linha institucional de acesso à Internet, postos à disposição das atividades acadêmicas do Departamento de Engenharia Química;

- classificar como freqüente a ocorrência da aludida prática pelo Sindicato incidindo, inclusive, em dias em que o mesmo cumpria escala de serviço no Instituto; e

- enquadrar como grave a transgressão praticada pelo Sindicato, na medida em que o Instituto Militar de Engenharia, além de Escola de Engenharia, é também Escola de Formação de Oficiais do Exército, cabendo-lhe inculcar nos seus jovens formandos, homens e mulheres, os princípios morais que regem a vida do chefe militar, bem como do cidadão compromissado com a sociedade e exigir-lhes posturas morais condizentes com esses princípios.

3. Assim, de acordo com o previsto no nº 1 do § 1º do Art. 30 do Regulamento Disciplinar do Exército,

resolvo:

licenciar do efetivo do IME e das fileiras do Exército brasileiro, o aluno Praça Especial B. C. M., a bem da disciplina, por julgar que esta será seriamente afetada diante da continuidade de sua presença no Corpo de Alunos do Instituto.

4. Cientifique-se o interessado.

5. Conceda-se-lhe o Certificado de Isenção do Serviço Militar previsto na legislação.

6. Tomem-se as providências decorrentes.

7. Observem-se os prazos regulamentares.

8. Publique-se em Boletim Reservado”.

3. Inicialmente, ao apreciar o requerimento de liminar, a MMª. Juíza Federal Substituta considerou que não era relevante o fundamento apresentado na petição inicial do mandado de segurança – mais atrelado à suposta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

vulneração da ampla defesa – e, por isso, indeferiu a tutela de urgência (fls. 105/110). Após regularmente processado o feito, houve denegação da segurança, ocasião em que o magistrado consignou que não foi a opção sexual do impetrante que teria ensejado a penalidade aplicada ao mesmo, e sim a prática de atos não condizentes com a carreira militar como a exposição de fotos em que ele aparecia despido, a criação de página na internet com conteúdo pornográfico e a utilização de meios computacionais e linha institucional para propósitos pornográficos citando o curso de Engenharia Química do IME.

4. Como se sabe o Direito se encontra sujeito às transformações verificadas nas outras áreas de conhecimento, bem como na própria realidade social e dos fatos sociais. Os costumes se modificam em intensidade e rapidez significativas, sendo que, como registra a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “*o gradual afastamento da sociedade da moral judaico-cristã rompeu o modelo conservador da família, que dispunha de um perfil patriarcal, hierarquizado, patrimonial, matrimonializado e heterossexual. (...) O comprometimento mútuo decorrente de um elo de afetividade levou a doutrina a chamar de família a multiplicidade de vínculos que se identificam pelo afeto*” (*Homoafetividade – o que diz a Justiça!*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 12-13). A homossexualidade sempre existiu, conforme retrata a história da civilização humana, sendo que na atualidade há algumas decisões dos tribunais brasileiros – notadamente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – reconhecendo a união civil de pessoas do mesmo sexo como mais uma espécie de família. Como observou a magistrada acima mencionada, “*os temas da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, com lenta maturação por gravitarem na esfera comportamental, existindo tendência a conduzir e controlar seu exercício, acabando por emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente à conduta sexual*” (*União homossexual: preconceito e justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

5. Não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 apreendeu alguns modelos de família sociológica, mas deixou de fora outros, conforme reconhecem Giselda HIRONAKA, Paulo Luiz Netto LOBO e outros autores. Assim, a despeito da enorme importância do texto constitucional, as famílias de fato resultante da união sexual entre parentes (pai e filha, por exemplo) não recebem a tutela do ordenamento jurídico brasileiro.

Como já apontei em trabalho envolvendo o tema, um dos requisitos objetivos exigidos para a configuração do companheirismo (união estável, na linguagem do legislador constituinte) é a diversidade de sexos, ou seja “*a união extramatrimonial entre um homem e mulher, como componente natural, atrelado à noção de que tais uniões existem, normalmente, para atender aos desejos instintivos das pessoas, ou seja, a manutenção de relações sexuais e, eventualmente para servir à procriação*”. Observa-se que tal requisito não é exclusividade do Direito brasileiro, sendo essencial para a caracterização das uniões, no Direito espanhol, conforme acentua Eduardo Estrada ALONSO. Cuba, Peru, Paraguai e Guatemala, em suas legislações, também expressamente enunciam a indisponibilidade da união familiar se constituir entre um homem e uma mulher. Outro requisito é a ausência de impedimentos matrimoniais, inclusive para evitar que, por via transversa, fosse transposto óbice ao casamento, como no caso do impedimento de parentesco.

6. Assim, à luz da normativa constitucional brasileira, somente aqueles que, potencialmente, podem viver unidos formalmente (ou em casamento), merecem o *status familiae*. Deve-se sublinhar a importância da noção de casamento mesmo quanto às uniões informais: os *contornos do casamento* se mostram fundamentais, no mundo jurídico, para o reconhecimento das *famílias jurídicas fundadas na conjugalidade*, por força do sistema existente, tal como previsto na Constituição Federal. Em matéria de famílias conjugais, somente poderá ser reconhecida como família a união informal que, abstratamente, possa ser convertida em casamento, ainda que, eventualmente, os partícipes da união sejam casados com outras pessoas, mas que já estejam separados de fato pelo tempo mínimo para se desvincularem, formalmente, de seus ex-consortes e possam requerer a conversão da “união estável” em casamento. Em parte do voto do Relator Breno MUSSI, no julgamento do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

Agravo de Instrumento nº 599075496, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi destacado que a união estável deve ser encarada “*como a relação em que as pessoas não estão preocupadas com o casamento. Pode ocorrer, inclusive, que justamente não querem é o matrimônio, sem que a relação deixe de ser uma união estável*”. A despeito da correta colação, imperioso se faz alertar que o texto constitucional implicitamente adotou como paradigma o casamento para o reconhecimento das uniões livres como sendo espécie de família, daí a consequência inarredável de que as outras uniões que não preencham os requisitos do companheirismo devem ser consideradas alijadas do contexto familiar.

7. Assim, pode ser estatuído o seguinte: *não há união estável, e nunca haverá, naquelas uniões que, por força do tratamento do Direito matrimonial, nunca poderão se convertidas em casamento*. Dois, basicamente, são os fundamentos de tal afirmação: a) a Constituição Federal estimula a constituição, *ab initio* ou por conversão, de famílias matrimoniais; quanto às outras famílias (informais e monoparentais), as reconhece, sem pretender a sua proliferação. A regra constante da parte final do § 3º do art. 226, da Constituição Federal, ao prever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, é elucidativa a esse respeito; b) não houve equiparação entre a família matrimonial e as outras famílias sociológicas (ora reconhecidas constitucionalmente), daí porque há a escolha, em nível de modelo ideal, feita pela Constituição da prevalência do casamento sobre outras formas de constituição (e, manutenção) de família. Logo, não pode ser reconhecida como família qualquer união não-parental que, abstratamente, não possa se transformar em casamento, pois do contrário, estar-se-ia descumprindo a Constituição Federal com o estímulo à constituição de outras famílias que não a família matrimonial.

Certo ou não, fato é que a Constituição Federal encampou certos modelos de famílias sociológicas e, propositadamente, deixou de fora outros, podendo ser lembrada (e enfatizada), por exemplo, a união sexual, estável e contínua, nos moldes de convívio entre casados, durante prazo razoável, com geração e prole, entre um pai e uma filha – união incestuosa. Há valores e princípios jurídicos que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro, implicando a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

adoção de regras de conduta nas relações familiares, como a da proibição jurídica do incesto, a da diversidade de sexos, que não foram modificadas pela Constituição Federal, mantendo tais uniões fora do Direito de Família. Outro exemplo que pode ser dado em situação bastante comum é aquele envolvendo um caminhoneiro que, em cada lugar por onde passe, constitua uma família sociológica, vivendo como se casado fosse com três ou mais mulheres: juridicamente, diante do princípio monogâmico, somente a primeira será havida como companheira, ao passo que as demais serão concubinas, em sentido estrito. Isso não impede que possa ser reconhecida a “união estável” putativa relativa às mulheres que ignoravam a existência da companheira e, conseqüentemente, os reflexos de tal união.

8. Constata-se, pois, que não foi o acaso que conduziu o legislador constituinte de 1988 a inserir expressamente no texto que somente a união entre o *homem e a mulher* pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, o reconhecimento, como família, das uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo em razoável espaço de tempo. Como visto, para a existência do companheirismo, não é possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os companheiros, já que do contrário estar-se-ia estimulando a proliferação de “uniões estáveis” em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional. Com maior razão, portanto, não é possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, já que, tradicionalmente, o casamento entre elas é inexistente, no Direito. Para que fosse possível a existência de família informal entre pessoas do mesmo sexo, seria indispensável o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que ocorre na Holanda, na Dinamarca, na Noruega e na Suécia.

Um dos fundamentos do voto do Relator Breno MUSSI, no julgamento do Agravo de Instrumento já referido, é o ponto de discriminação atrelada ao direito da pessoa à orientação sexual: *“a orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outra do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e desenvolver o seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal”, conforme destaca a fundamentação do voto.

9. Como leciona Luiz Edson FACHIN, “*a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana*”. Maria Berenice DIAS também defende ponto de vista similar: “*descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente, eis que, negando-se a realidade, não se irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento de tal espécie de relação.*”

10. É inquestionável que, a luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou orientações sexuais. O afeto, existente na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheris, não há dúvida. Mas, juridicamente, não há uma família constituída entre as pessoas do mesmo sexo que vivam em situação similar àquela das uniões heterossexuais, tal como a união sexual entre concubinos, bem como entre parentes. Inexiste dúvida que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, formando uma entidade *quase-familiar*, mas há elemento de discriminação razoável para não conceber tal união no contexto do Direito de Família. “*O Estado pode dispensar um tratamento desigual aos particulares, desde que o faça JUSTIFICADAMENTE.*”

Vejam, pois, qual é tal elemento de discriminação. A sexualidade, tal como vista no Direito, é aquela considerada natural – ou normal -, somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo, inclusive, a perpetuação da estirpe com prole daí resultante, aumentando numericamente os integrantes da família. Assim, no controle estatal da sexualidade, há



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

obstáculo a que outras práticas sexuais – ainda que presentes na realidade fática -, possam ser consideradas juridicamente. Daí a noção da inexistência do casamento e, conseqüentemente, do companheirismo entre pessoa do mesmo sexo. Marcela SARDAS e Júlio César MEIRELLES apresentam outro argumento para sustentar a assertiva de que a Constituição veda a possibilidade de equiparar relações homossexuais às heterossexuais: *“Esta vedação, implícita, se baseia na capacidade (potencialidade) de o homem e a mulher formarem sobre a entidade familiar constituída por eles outros vínculos através dos filhos (naturais ou adotados). Esta situação é impossível para homossexuais, pois uma mesma pessoa não pode, juridicamente, ter dois pais ou duas mães.”*

11. Flávia PIOVESAN, ao analisar o disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, assevera que *“essa norma, ao excluir a união entre homossexuais, traz consigo uma limitação aos direitos estabelecidos no art. 5º, ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade, bem como ao direito à livre orientação sexual, proibida qualquer discriminação.”* Adotando uma postura conciliatória, penso que os preceitos constitucionais são perfeitamente compatíveis com a orientação de que a união entre pessoas do mesmo sexo não tem natureza de família, visto que a pessoa, individualmente considerada, tem plena liberdade a exercer sua sexualidade independentemente de qualquer discriminação e, assim, qualquer atentado ao seu direito personalíssimo à orientação sexual deve ser combatido. Não se admite, portanto, qualquer tratamento discriminatório no tocante à pessoa por força de exercício do direito à orientação sexual. Contudo, se, no exercício de tal direito, a pessoa passa a conviver com outra do mesmo sexo, os efeitos jurídicos daí decorrentes não podem ser considerados inseridos no Direito de Família, ao menos no estágio atual do sistema normativo do direito brasileiro.

12. Tais ponderações se fizeram necessárias para deixar evidenciado que, para fins do Direito de Família, inexistente o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como espécie de família. Contudo, há direito da personalidade garantindo constitucionalmente a respeito da orientação sexual da pessoa humana que, em razão dos valores e princípios constitucionais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

atualmente prestigiados, não pode sofrer ameaça de lesão ou efetiva lesão, como ocorreu no caso em tela.

13. Tal como foi registrado no início deste voto, no formulário de apuração de transgressão disciplinar ficou registrado que o impetrante teria demonstrado, através de atitudes, comportamentos e conversas, tendência ao homossexualismo, o que teria sido por ele admitido na presença de Oficiais do Exército brasileiro. O teor do “relato do fato”, constante do referido formulário (fl. 27), é frontalmente contrário ao objetivo fundamental da República brasileira da promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

14. Diversamente do que consta da fundamentação da sentença recorrida, não foram outros fatos que ensejaram a instauração da sindicância contra o impetrante que não as suspeitas de sua tendência homossexual. O que se verificou no curso do procedimento da sindicância foi o direcionamento da apuração para uma versão de utilização de equipamentos de informática do IME, e o suposto emprego do próprio nome do Instituto, envolto nas supostas práticas homossexuais do impetrante.

Algumas questões merecem ser destacadas: a) qual teria sido a razão de o impetrante somente utilizar de material de informática e do próprio nome do IME, para exercitar suas supostas tendências homossexuais, por volta do quarto ano do Curso de Engenharia Elétrica?; b) o acesso ao material encontrado (fotografias, transcrições de contatos – conversar virtuais e bate-papos eletrônicos, por exemplo) ocorreu por livre e espontâneo consentimento do próprio impetrante?

15. Existe, com efeito, fundadas dúvidas a respeito da legitimidade da obtenção dos elementos de prova que serviram para aplicação da penalidade ao impetrante, o que reforça sobremaneira a tese da petição inicial no sentido de que efetivamente houve prática de comportamentos no âmbito do procedimento administrativo tendentes à imputação ao impetrante de condutas aparentemente violadoras da ética, da moral, dos deveres e obrigações



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

militares, com suposta ofensa à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe.

Contudo, a realidade dos fatos se mostra diversa daquela sustentada na sindicância. Houve, ao contrário, ofensa à liberdade, à igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, da Constituição Federal), à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, do mesmo texto de 1988), à base jurídica para construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Todas as observações acima feitas levam em conta a própria conclusão da autoridade impetrada no sentido de que o impetrante tinha tendências ao homossexualismo, mas pode-se observar que a todo tempo o mesmo nega tal espécie de orientação sexual.

16. A única possibilidade de reconhecimento de eventual transgressão disciplinar relacionada à sexualidade diz respeito à ostensividade de utilização de material e equipamento do IME, bem como o próprio nome do Instituto, para fins diversos daqueles esperados no âmbito de estabelecimento de ensino superior. Aliás, esta acabou sendo a conclusão adotada pela autoridade militar e pelo juiz sentenciante, e que poderia abranger tanto as práticas homossexuais quanto as heterossexuais, a constranger a honra da instituição, o pundonor militar e o decoro da classe. Contudo, não foi o que se verificou na hipótese, o que pode ser atestado pelo relato do fato constante do formulário mencionado outras vezes neste voto. Em outras palavras: buscou-se, em última análise, excluir do IME aluno que aparentava ter tendências homossexuais, em clara afronta aos princípios e valores constitucionais mencionados e ao direito da personalidade à orientação sexual.

17. Ainda que não fosse a conclusão do último item desta fundamentação, seria de rigor a reforma da sentença com a conseqüente concessão da segurança, com base na aplicação tão somente dos princípios e regras que regem o procedimento administrativo-disciplinar. Verificou-se, no caso, violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, levando em conta que a punição aplicada decorreu de conclusão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

a respeito de fatos que não foram narrados no ato administrativo que originou a sindicância (formulário de transgressão disciplinar).

18. Não havendo que acolher a preliminar argüida pela União Federal a respeito da ausência de direito líquido e certo – até mesmo em razão da análise das questões de fato acima realizadas -, é de rigor o provimento do recurso com a reforma da sentença e a conseqüente concessão da segurança.

19. Ante o exposto, CONHEÇO da Apelação, DANDO-LHE PROVIMENTO para o fim de reformar a r. sentença e, assim, CONCEDER a segurança, declarando NULO o procedimento instaurado contra o impetrante, ora Apelante, para o fim de determinar a imediata reintegração do impetrante no IME para finalização de seus estudos. As custas antecipadas deverão ser reembolsadas pela União, não havendo honorários advocatícios em razão de orientação jurisprudencial pacífica a respeito.

É como voto.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Juiz Federal convocado na 8ª Turma – Relator

VOTO

A Juíza Federal MARIA ALICE PAIM LYARD (Convocada): Conforme relatado pelo Excelentíssimo Juiz Federal Convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama, trata-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que denegou a segurança requerida por B. CA. M.

A impetração do mandado de segurança objetivava, em síntese, a reintegração do impetrante aos quadros do IME, a fim de que pudesse dar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

continuidade aos seus estudos e, bem assim, a declaração de nulidade da sindicância que concluiu pelo seu licenciamento.

Segundo o apelante, a sindicância administrativa que concluiu pelo seu licenciamento “a bem da disciplina” encontra-se eivada de vício, sendo nula de pleno direito. Alega que tal procedimento administrativo foi instaurado para apurar fatos relativos à sua opção sexual, visando apenas à apuração da “*tendência do impetrante ao homossexualismo*”. Sustenta que seu comportamento não fere o decoro previsto no Estatuto dos Militares e que o ato administrativo que ensejou seu licenciamento se deu em flagrante violação ao seu direito à intimidade e privacidade.

O magistrado *a quo*, às fls. 148/152, consignou que não foi a opção sexual do impetrante que havia ensejado a penalidade aplicada ao mesmo, e sim a prática de atos não condizentes com a carreira militar, como a exposição de fotos em que ele aparecia despido, a criação de página na internet com conteúdo pornográfico e a utilização de meios computacionais e linha institucional para propósitos pornográficos citando o curso de Engenharia Química do IME.

No presente caso, entendo que a sentença deve ser reformada, na mesma linha do voto do excelentíssimo Relator.

Como se constata do exame do documento de fls. 27 (Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar do Instituto Militar de Engenharia - IME) e do de fls. 29, a sindicância em questão foi instaurada para apurar responsabilidade por fato impunível. Consta de fls. 27, do item *relato do fato*, o seguinte: “*O Al Brenno Castrillon Menezes demonstrou através de atitudes, comportamentos e conversas, tendência ao homossexualismo, tendo admitido, claramente, sua condição de homossexual, na presença de Oficiais do Corpo de Alunos e de alunos do 4º ano do Curso de Engenharia Química*”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

Do documento de fls. 28, consta Despacho do Comandante do IME, determinando abertura da sindicância para apurar o fato acima relatado, considerando o disposto na Lei n.º 6.880/80 (art. 28), no que se refere à Ética Militar, e o Decreto n.º 90.608/84, no que diz respeito ao decoro da classe, honra pessoal e o pundonor militar.

Segundo CRETELLA JR., sindicância “*é o meio sumário de que se utiliza a Administração Pública, no Brasil, para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra funcionário público responsável.*” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, in *Manual de Direito Administrativo*, 13º ed., Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2005, p. 766)

Conforme bem ressaltou o excelentíssimo Relator às fls. 199 de seu brilhante voto, o procedimento administrativo em tela é nulo de pleno direito, eis que a única possibilidade de reconhecimento de eventual transgressão disciplinar relacionada à sexualidade diz respeito à ostensividade de utilização do material e equipamento do IME, bem como o próprio nome do Instituto para fins diversos daqueles esperados no âmbito do estabelecimento de ensino superior. No entanto, o que se verificou na hipótese foi que o que se pretendeu mesmo foi excluir do IME aluno que aparentava ter tendências homossexuais.

A Constituição Federal de 1988, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia em seu artigo 5º os direitos e liberdades fundamentais, consagrando, dentre estes, os princípios da liberdade e da igualdade, sem os quais não se sustentaria a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, contido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

O princípio da igualdade, no âmbito da sexualidade, mereceu especial atenção do legislador constituinte, mediante a proibição de qualquer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

discriminação sexual infundada, como se verifica da leitura do artigo 5º, inciso I, que assegura a igualdade de direitos entre homens e mulheres e do artigo 7º, inciso XXX da CF/88, que proíbe a diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo.

A discriminação em virtude de orientação sexual constitui hipótese de discriminação sexual, vedada pela Constituição Federal, constituindo, ademais, ofensa ao princípio da igualdade.

A liberdade é direito fundamental de todo ser humano.

Não há, pois, espaço, no atual estágio do direito constitucional brasileiro, para discriminação por orientação sexual.

Pelas razões expostas, entendo que a sentença recorrida merece reparo, nos termos do voto do relator, com a conseqüente concessão da segurança e declaração de nulidade do procedimento instaurado contra o impetrante, ora apelante, determinando a imediata reintegração do mesmo ao IME para finalização de seus estudos. As custas antecipadas deverão ser reembolsadas pela União, não havendo honorários advocatícios em razão de orientação jurisprudencial pacífica a respeito.

É como voto.

Maria Alice Paim Lyard
(Juíza Federal Convocada
na 8ª Turma Especializada do TRF-2ª Região)

EMENTA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR NO IME. ORIENTAÇÃO SEXUAL. DIREITOS DA PERSONALIDADE À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE, À IGUALDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrante por aluno do Instituto Militar de Engenharia que, submetido à sindicância interna, foi punido com licenciamento a bem da disciplina sob o fundamento de haver praticado atos atentatórios à moral, aos bons costumes, à ética, ao pundonor militar e ao decoro da classe. Os fatos se relacionariam, em tese, a ter acesso a “sites” pornográficos e participara ativamente de “chats” da mesma conotação de tendência homossexual.

2. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 3º, inciso IV, estabelece que é objetivo fundamental da República brasileira a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3. Na realidade contemporânea, o princípio de isonomia somente pode ser concebido e aplicado sob a vertente material, e não apenas formal. Daí a inexistência de discriminação razoável para permitir a instauração de sindicância contra aluno de estabelecimento público de ensino superior tão somente em razão de o mesmo apresentar “tendências homossexuais”.

4. Mostra-se atentatório ao objetivo fundamental acima mencionado, à liberdade, à intimidade, à privacidade, à igualdade material, e ao direito da personalidade à orientação sexual, todo procedimento administrativo no qual foram praticados atos investigatórios e decisórios, que se iniciou por mera suspeita de homossexualismo. A obtenção de prova eletrônica (cópias de diálogos, fotografias) também se revelou atentatório aos princípios constitucionais referidos.

5. Apelação do impetrante conhecida e provida, com a reforma da sentença e a concessão da segurança.

ACÓRDÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XII - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002.51.01.016701-3

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Rio de Janeiro, 17/01/ 2006 (data do julgamento).

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Juiz Federal Convocado na 8ª Turma - Relator