

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM  
ORDINÁRIO) Nº 2005.72.00.010829-0/SC**

**D.E.**

**Publicado em 25/04/2008**

**AUTOR : A.C.S.**  
**ADVOGADO : RICARDO TEODORO**  
**RÉU : UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA -  
UFSC**

## **SENTENÇA**

### **RELATÓRIO**

O autor, devidamente qualificado, propôs a presente ação requerendo a habilitação de seu companheiro como dependente pra fins concessão de pensão de servidor público, conforme cuida a Lei 8.112/90.

Afirmou que *"... há mais de quinze anos mantém uma relação de vida em comum com L.S.S..."* (fls. 04), com ele convivendo desde 1989, *"... coabitando o mesmo lar, de forma ininterrupta, dentro dos valores de lealdade, respeito e assistência moral e material mútua em regime de economia familiar caracterizando, desta forma, uma relação de dependência."* (idem), sendo que L., ainda em dezembro de 1991 deixou de trabalhar profissionalmente para se dedicar com *"... mais atenção ao ambiente familiar e trabalhar com artesanatos na própria residência do casal..."* (idem), retomando seus estudos.

Esclareceu que, em 22/03/01, *"... ingressou um Pedido Administrativo junto à Divisão de Recursos Humanos da Requerida... para que, administrativamente, designassem o companheiro dependente..."* (idem), obtendo o indeferimento.

Disse que, recentemente, o casal celebrou contrato de convivência para os fins legais, bem como mantêm conta conjunta desde novembro de 1989, agregando ainda dispor de inúmeras declarações de colegas de trabalho do autor no sentido da convivência sob dependência do companheiro do autor.

Aduziu como fundamento de direito o disposto nos artigos 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como o artigo 217, I, "c", da Lei 8.112/90, colacionando julgamentos favoráveis à sua tese.

Requeru a procedência da ação para reconhecer a relação de união civil, além da designação de L.S.S. na condição de dependente do autor, condenando-se a ré nos demais consectários legais.

Formulou pedido de tutela antecipada (fls. 09).

Juntou procuração e documentos de fls. 10/32.

Citada, a Universidade Federal de Santa Catarina ofereceu contestação em fls. 37/39 sustentando que o pedido não encontra amparo legal, pois os art. 215 e 217, I, "c", apresentam exaustivamente o rol dos beneficiários da pensão, não incluindo a união estável homossexual, sendo reconhecida constitucionalmente apenas a união estável entre homem e mulher, conforme depreende-se do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Afirma que não se reconhece no ordenamento jurídico brasileiro a união civil entre pessoas do mesmo sexo, havendo apenas projeto de Lei, o qual não pode fundamentar o pleito.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fls. 40).

Deferidas as provas deduzidas (fls. 47), seguiu-se audiência de instrução (fls. 62/65), onde foram ouvidas três testemunhas.

Foram apresentadas alegações finais, pelo autor, em fls. 66/67, e pela Universidade Federal de Santa Catarina, em fls. 68/71.

## **FUNDAMENTAÇÃO.**

A questão submetida a Juízo, desde que superada a questão da dependência, ora sequer discutida por não contestada, deve ser apreciada sob o ângulo jurídico-formal e apresenta grande relevância sob o ponto do direito constitucional, importando em inúmeras contribuições de doutrina e jurisprudência nos últimos dez anos, especialmente.

Ao decidir a questão de fundo, já tive oportunidade de expor as razões que ora reproduzo, por pertinentes:

*"Tem por fundamento o pedido do autor a pensão do servidor público, prevista na Lei 8.112/90, nos seguintes termos:*

*"Seção VII*

*Da Pensão*

*Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.*

*Art. 216. As pensões distinguem-se, quanto à natureza, em vitalícias e temporárias.*

*§ 1º A pensão vitalícia é composta de cota ou cotas permanentes, que somente se extinguem ou reverterem com a morte de seus beneficiários.*

*§ 2º A pensão temporária é composta de cota ou cotas que podem se extinguir ou reverter por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário.*

*Art. 217. São beneficiários das pensões:*

*I - vitalícia:*

*a) o cônjuge;*

*b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;*

*c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;*

*d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;*

*e) a pessoa designada, maior de sessenta anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor;*

*II - temporária:*

*a) os filhos, ou enteados, até vinte e um anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;*

*b) o menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade;*

*c) o irmão órfão, até vinte e um anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;*

*d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até vinte e um anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.*

*§ 1º A concessão de pensão vitalícia aos beneficiários de que tratam as alíneas "a" e "c" do inciso I deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas "d" e "e".*

*§ 2º A concessão da pensão temporária aos beneficiários de que tratam as alíneas "a" e "b" do inciso II deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas "c" e "d".*

*Art. 218. A pensão será concedida integralmente ao titular da pensão vitalícia, exceto se existirem beneficiários da pensão temporária.*

*§ 1º Ocorrendo habilitação de vários titulares à pensão vitalícia, o seu valor será distribuído em partes iguais entre os beneficiários habilitados.*

*§ 2º Ocorrendo habilitação às pensões vitalícia e temporária, metade do valor caberá ao titular ou titulares da pensão vitalícia, sendo a outra metade rateada em partes iguais, entre os titulares da pensão temporária.*

*§ 3º Ocorrendo habilitação somente à pensão temporária, o valor integral da pensão será rateado, em partes iguais, entre os que se habilitarem.*

*Art. 219. A pensão poderá ser requerida a qualquer tempo, prescrevendo tão-somente as prestações exigíveis há mais de cinco anos.*

*Parágrafo único. Concedida a pensão, qualquer prova posterior ou habilitação tardia que implique exclusão de beneficiário ou redução de pensão só produzirá efeitos a partir da data em que for oferecida.*

*Art. 220. Não faz jus à pensão o beneficiário condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do servidor.*

*Art. 221. Será concedida pensão provisória por morte presumida do servidor, nos seguintes casos:*

*I - declaração de ausência, pela autoridade judiciária competente;*

*II - desaparecimento em desabamento, inundação, incêndio ou acidente não caracterizado como em serviço;*

*III - desaparecimento no desempenho das atribuições do cargo ou em missão de segurança.*

*Parágrafo único. A pensão provisória será transformada em vitalícia ou temporária, conforme o caso, decorridos cinco anos de sua vigência, ressalvado o eventual reaparecimento do servidor, hipótese em que o benefício será automaticamente cancelado.*

*Art. 222. Acarreta perda da qualidade de beneficiário:*

*I - o seu falecimento;*

*II - a anulação do casamento, quando a decisão ocorrer após a concessão da pensão ao cônjuge;*

*III - a cessação de invalidez, em se tratando de beneficiário inválido;*

*IV - a maioridade de filho, irmão órfão ou pessoa designada, aos vinte e um anos de idade;*

*V - a acumulação de pensão na forma do art. 225;*

*VI - a renúncia expressa.*

*Art. 223. Por morte ou perda da qualidade de beneficiário, a respectiva cota reverterá:*

*I - da pensão vitalícia para os remanescentes desta pensão ou para os titulares da pensão temporária, se não houver pensionista remanescente da pensão vitalícia;*

*II - da pensão temporária para os co-beneficiários ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia.*

*Art. 224. As pensões serão automaticamente atualizadas na mesma data e na mesma proporção dos reajustes dos vencimentos dos servidores, aplicando-se o disposto no parágrafo único do art. 189.*

*Art. 225. Ressalvado o direito de opção, é vedada a percepção cumulativa de mais de duas pensões."*

*Delineado o tratamento legal conferido a pensão estatutária, constata-se que o pedido do autor fundamenta-se, especificamente, no art. 217, I, "c", enquanto Vânia percebe pensão temporária na qualidade de irmã inválida, conforme art. 217, II, "c".*

*Para habilitação na qualidade de pensionista vitalício, exige a lei relação com o servidor na qualidade de "c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;" Tal exigência espelha verdadeira evolução do direito iniciada nos pretórios. A relação mantida fora do casamento manteve-se à margem do direito por muito tempo, sendo que o status legal, hoje inclusive constitucional, atingido por tal relação, deve-se, em grande parte, à construção jurisprudencial em torno do assunto.*

*Na presente ação, volta-se a discutir questão que a cada dia vem exigindo maior atenção não só da ciência jurídica, mas de todas as ciências: a união homossexual.*

*Não se pode desconhecer que o tratamento legal conferido a tais uniões, no sentido de reconhecer-lhes direitos, vem se alargando a cada momento, sendo que o autor cita, fls. 05/09, vários países que conferem igualdade de direitos entre os casais homossexuais e os casais heterossexuais.*

*No Brasil, avançou a Constituição Federal no reconhecimento da união estável, com a seguinte redação:*

*"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...).  
§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."*

*Regulamentando tal dispositivo, editou-se a lei 9.278, de 10-05-96, que assim dispôs:*

*"Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."*

*Mesmo antes do direito ser assegurado pela Constituição e pelas leis brasileiras, a jurisprudência, desde há muito, já vinha reconhecendo direitos, sobretudo, à companheira, delineando critérios para caracterização do concubinato, como morada comum, relacionamento material e afetivo prolongado (geralmente cinco anos), notório e em caráter de fidelidade recíproca, entre outros, o que transbordou e cristalizou-se na Súmula 380 do STF.*

*Cotejando-se os dispositivos legais referidos, conclui-se, numa primeira interpretação, a literal, que se reconhece, para fins de pensão, apenas a união estável entre homem e mulher, não se conferindo qualquer efeito jurídico à relação homossexual, por não considerá-la entidade familiar. Por isso pode-se dizer, sem qualquer receio de errar, que a relação homossexual não constitui família.*

*A interpretação literal, contudo, é apenas o ponto de partida, daí que, conforme Karl Larenz, "... consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação... (apud Luís Roberto Barroso, in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ed. Saraiva, 1996, p 119)." Certo que a palavra guarda conteúdo inequívoco, que cabe ao intérprete identificar no caso concreto a fim de determiná-lo precisamente, no caso da Constituição Federal, sobretudo, é esta uma Carta de Princípios, que guarda supremacia sobre as demais normas, daí porque a interpretação adequada é a sistemática (... a que mais se harmoniza com o método do Direito Constitucional, exatamente a que aproxima da realidade o intérprete. Rep. 846-RJ. Rel. Min. Antônio Neder), sendo que esta "... encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes. Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em independência metódica, embora*

*fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço. (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. ed. Forense, 12ª ed, 1992, p 128)."*

*Firme nestes postulados, a jurisprudência vem enfrentando os efeitos jurídicos exurgidos da relação homossexual, sendo que foi proferida decisão em ação ordinária, declarando o direito de companheiro homossexual à admissão em Plano de Assistência Médica, pelo Juiz Roger Raupp Rios, que constitui-se em sentença modelar, acolhida, in totum, pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Confira-se em RTRF 4ª Região, vol 32/72-98, AC 96.04.55333-0/RS).*

*Partindo-se da interpretação sistemática, não se pode perder de vista os demais dispositivos constitucionais pertinentes, como anoto:*

*"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)*

*III - a dignidade da pessoa humana;*

*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.*

*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."*

*Partindo-se de tal arcabouço jurídico-constitucional, considerando-se a natureza principiológica das normas, é de se questionar se é possível subtrair as relações homossexuais da proteção do Estado como aparentemente permite o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, frente a uma interpretação sistemática, a única cabível no caso.*

### **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

*A dignidade da pessoa humana não é apenas princípio constitucional, fundamento da República, mas conquista da civilização, cabendo ao Estado, por seus aparelhos legítimos, protegê-la. Tal preceito emerge ainda das várias Declarações de Direitos Humanos, inseridos em Tratados, alguns dos quais o Brasil é signatário, como exemplo a Convenção*

*Americana de Direitos Humanos, que dispõe: "Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade... Todas as pessoas são iguais ante à lei." Em consequência, tem a pessoa humana direitos, sem discriminação, a igual proteção da lei.*

*Reconhece-se a vagueza do princípio da dignidade da pessoa humana, como anotado, aliás, por Luís Roberto Barroso, (O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, 2ª ed. p. 296), contudo, concluindo com este autor, "... Os princípios constitucionais sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída, irradiam-se por diferentes normas e asseguram a unidade sistemática da Constituição. Eles se dirigem aos três Poderes e condicionam a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas. (idem, p. 306)"*

*Desse modo, preciso extrair consequências do princípio, sendo lícito concluir, com Roger Raupp Rios, que "... admitir-se o reconhecimento constitucional da dignidade humana tão-somente como a enumeração fática de um fenômeno verificado na realidade social juridicizada, como dado básico sobre o qual se debruçou a Constituição da República, conduz-nos, no campo normativo, a uma mera descrição de dados sociais, carente de consequências jurídicas. Leva-nos, outrossim, no final das contas, à conclusão de que a 'constituição jurídica' sucumbiu perante a 'constituição real'; produz, ao fim e ao cabo, a convicção de Ferdinand Lassalle: a Lei Fundamental não passa de uma folha de papel, sem qualquer operatividade perante os fatores reais do poder."*

*Sob tal ótica vêm os Tribunais aplicando o princípio, como, p. ex. no RO 89.04.19284/RS, Rel. Juiz Sílvio Dobrowolski, DJU 01-08-90:*

*"Trabalhista. Acumulação proibida. Pagamento pelos serviços prestados. Embora vedada a acumulação de empregos, por força de norma constitucional, ao empregador cumpria pagar os serviços efetivamente prestados, em vista do preceito da constituição que adotava como princípio da ordem econômica e social, a 'valorização do trabalho como condição da dignidade humana.' Precedente."*

*É de se reconhecer na liberdade de orientação sexual dimensão da dignidade da pessoa humana.*

### **PROMOÇÃO DO BEM DE TODOS SEM PRECONCEITO OU DISCRIMINAÇÃO.**

*No que respeita ao art. 3º, IV, da Constituição Federal, sendo norma principiológica, de caráter programático, valem as mesmas considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. As normas programáticas não geram direito subjetivo mas sim de índole negativa, no sentido de impedir que o Poder Público a contrarie, e, neste âmbito, o efeito mais imediato que dela se extrai é o de inadmitir norma hierarquicamente inferior que a contrarie, daí porque são dirigidas ao legislador infraconstitucional.*

Aplicando-se tal norma constitucional os Tribunais pátrios já consolidaram alguns entendimentos que vêm se impondo, como no exemplo transcrito:

"LIMITE DE IDADE PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - A CF atual proíbe, expressamente (art. 3º, IV), qualquer discriminação em razão de idade, bem como seja ela fator de distinção perante a lei (art. 5º, caput) ou constitua critério limitativo para admissão a emprego (art. 7º, XXX) ou acesso a cargo público (art. 39, § 2º). (TRF 1ª R - REO 90.01.02123-9-PA - 2ª T - Rel. Juiz Hércules Quasímodo. DJU 13.08.90) "

Substituindo-se o fator idade pelo fator sexo, este aqui entendido por orientação sexual, vê-se claramente o dispositivo constitucional sendo revigorado pela eficácia que ganha na incidência concreta sobre os fatos da vida.

### **PRINCÍPIO DA IGUALDADE.**

Aqui reside o fundamento de maior peso do pedido do autor, pois, é a igualdade princípio e garantia fundamental.

Urge que se responda à indagação do autor, fls. 298: "Pergunta-se Excelência se fossem de sexos opostos, qual seria o empecilho existente para que fosse concedida a pensão ao autor?"

Antes, contudo, é preciso que se fixe com clareza: emerge das contestações que o pedido não procede em razão de não incluir a lei a união estável homossexual como passível de gerar benefício de pensão estatutária, mas apenas a união entre homem e mulher.

A convivência entre duas pessoas, sejam elas do mesmo sexo ou não, deve ser considerada cautelosamente, isto porque atualmente, cada vez mais, é comum a coabitação entre pessoas, sejam do mesmo sexo ou não, que mantêm, entre si, laços de amizade, inclusive, motivo pelo qual o companheirismo deve ser suficientemente comprovado a fim de gerar direitos.

Reconhece a jurisprudência alguns efeitos da sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Tal constatação foi feita por Luiz Fernando Valladão Nogueira (RJ 245/32), ao dizer que "... A união dos esforços, ainda que tacitamente acordada, é que há de ser considerada relevante, independentemente da preferência sexual do sócio... Mais do que isto, a jurisprudência, inclusive do STJ, passou a entender que esta "união de esforços", no caso de sociedades de fato, prescindia da captação idêntica e direta de dinheiro. Cada sócio ou companheiro, desde que contribuísse à sua maneira para a construção de um patrimônio comum, deveria ser contemplado, quando da dissolução da "sociedade". No que pertine à relação concubinária, realmente, o STJ passou a preconizar que a Súm. 380 STF e o art. 1.363 CC deveriam ser aplicados com maior amplitude. Assim é que prevalecia o entendimento, de que o concubinato, só por si, não gera direito à partilha. Necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa colaboração para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho

*doméstico, poderá ser o bastante (REsp. 1.648, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, pub. 16.04.90, in REVISTA JURÍDICA, 154/91, Em. 3.494)."*

*Em outras palavras, conclui o autor: "... mesmo num relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, se houver a confluência de esforços à formação de uma sociedade de fato, ainda que de maneira indireta, mister a divisão do patrimônio, quando de sua dissolução, sob pena de enriquecimento ilícito de um dos sócios."*

*A dimensão econômica da sociedade de fato foi reconhecida por inúmeras vezes, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em relação especificamente à sociedade de fato entre homossexuais, decidiu:*

*"RESP 148897/MG. QUARTA TURMA. Ministro Relator: RUY ROSADO DE AGUIAR.*

*Ementa: SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O 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 À 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."*

*É este o primeiro caso em que o Superior julgou assunto relacionado à partilha de bens em sociedade entre homossexuais. Não se admitiu a validade jurídica da união entre pessoas do mesmo sexo (por ausente previsão no ordenamento, sendo a tarefa de regulamentá-la confiada ao legislador). Reconheceu-se efeitos patrimoniais decorrentes desta relação.*

*A Juíza Judith dos Santos Mottecy, do Rio Grande do Sul, em ação ordinária (processo nº 01196089682) versando sobre direitos sucessórios decorrentes de união estável entre pessoas do mesmo sexo, centrou a discussão no princípio da igualdade, reconhecendo direito ao patrimônio do companheiro homossexual.*

*Cumprir fixar que o princípio constitucional da isonomia deve ser extraído no caso concreto, aferindo-se da razoabilidade ou não das distinções legais, conforme ADIN 489/RJ, RTJ 137/562.*

*Garantida a isonomia, é hipótese constitucionalmente vedado desigualar ser humano em virtude da orientação sexual por ele ostentada. Valho-me do trabalho judicial do Juiz Roger Raupp Rios, onde anotou: "... se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa sofrida pelo segundo demandante, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que*

*orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual)... Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o discrimen não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual. Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro - e sempre permanente - fator sexual da discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A)"*

*Tal raciocínio é perfeito, na medida em que despe todo o preconceito subjacente em construções pseudo-jurídicas como a apontada, evidenciando que inadmitir efeitos a união homossexual significa verdadeira discriminação sexual, pois é o sexo do autor (em relação ao de seu parceiro) que é considerado para negar-lhe o direito, tanto que, caso seu parceiro fosse do sexo feminino, a objeção desapareceria imediatamente.*

*Não há razão, constitucional, para a discriminação realizada no caso concreto.*

*Ensina J.J. Gomes Canotilho, "... Quando não houver motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, para desigual regulação de situações de facto iguais ou igual regulação de situações de facto desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária. A partir da redução do princípio da igualdade à proibição do arbítrio consegue-se obter a justificabilidade do acto legislativo sem pôr em causa a liberdade de conformação do legislador.*

*A igualdade perante a lei e através da Lei controlável apenas no seu momento inequivocamente patológico - o arbítrio legislativo - despreza a função social da igualdade. Noutros termos, porventura mais corretos: a igualdade da lei, executada ou completada pela igual aplicação da lei, revela-se mais apropriada para conservar juridicamente as desigualdades fatacaz do que para as alterar.*

*Isto quer dizer que a Chancengerechtigkeit - a igualdade como justiça de oportunidades - não é a mesma coisa que Chancengleichheit - igualdade de oportunidades. Esta pressupõe que se eliminem as desigualdades fácticas (sociais, económicas, culturais) para se assegurar a igualdade jurídica. (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.*

Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, Coimbra Editora, 1994, p. 382)"

Celso Antônio Bandeira de Mello, em inspirada obra, (*Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed.1993, p 17/18), ensina que: "... as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula da igualdade apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição... Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomadas gratuitamente como ratio fundamentadora de *discrímén*. (grifos do autor)."

Complementando a idéia, explica o autor: "... Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (op. cit. p 21)."

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, aplicando o princípio, decidiu:

"APELAÇÃO CÍVEL nº 331.767-3/90 UF:SP. 2ª Turma. DOE de 20-09-93 p. 122. PENSÃO POR MORTE. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. I - NÃO SE JUSTIFICA, JURIDICAMENTE, ELEGER O DISCRÍMEN SEXO PARA FIXAR AQUELES QUE TÊM DIREITO À PENSÃO POR MORTE. EXCLUIR OS HOMENS DO DIREITO AO GOZO DESSE BENEFÍCIO CONFIGURA ATENTADO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. Relator: JUIZ ARICÊ AMARAL. Decisão: POR VOTAÇÃO UNÂNIME, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO."

Fazendo referência à decisão norteadora, proferida pelo Dr. Roger Raupp Rios, que, como já ressaltado, constitui *leading case*, diz o Juiz que "... também em outros precedentes, cuidando da isonomia, o Supremo Tribunal Federal exigiu razoabilidade no critério legal eleito, rechaçando qualquer restrição de direito desproporcional. Assim o fez ao apreciar os Mandados de Segurança nº 21.033 e 21.046, 146.934 e 156.972-7: as limitações de idade para inscrição em concurso público só podem ser justificadas pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido."

Nesta sentença referida, o Juiz citado faz apreciação de casos, nos moldes da *common law*, citando vários precedentes, que adiante reproduzo por cabíveis, uma vez que o direito comparado é fonte de direito, principalmente em caso de aplicação de princípios gerais, constante inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, como ensina Miguel

Reale, "... a própria natureza dos princípios gerais impede a colocação nacionalista do problema, pois, independente de lugar e de tempo, o homem, situado numa mesma estrutura social, age ou reage da mesma forma, dando lugar a soluções normativas equivalentes. Os princípios gerais seriam antes comuns ao Direito Positivo brasileiro, ao alemão, ou inglês, apesar de naturais variantes em sua aplicação... o direito comparado constitui, sem dúvida, uma das mais altas manifestações da cultura universal. Se analisarmos o panorama da experiência jurídica, sobretudo desde o século passado, fácil é verificar a impossibilidade de 'muralhas chinesas' em torno dos sistemas jurídicos vigentes. (Lições Preliminares de Direito, 16ª ed. 1988, p. 303/304)."

Referiu-se o Juiz a vários precedentes em tribunais internacionais, sendo que cito alguns, relacionados estreitamente com o caso que aqui se julga, como, por exemplo, no Canadá "... em *Knodel v. British Columbia* (1991), a Corte, analisando recusa de direito a benefício de saúde pelo companheiro do requerente, ponderou que 'the distinction [denial of medical care benefits to Timothy Kondel's partner Ray Garneau] is not related to the petitioner's merit or capacity' (a distinção [negação de benefícios de assistência médica a Ray Garneau, companheiro de Timoth Knodel] não é relacionada com a virtude ou capacidade do peticionante), considerando 'homossexual people as a group stigmatized in our society, the petitioner falls within a group that constitutes a discreet and insular minority (pessoas homossexuais como um grupo estigmatizado em nossa sociedade, o peticionante cai dentro de um grupo que constitui uma específica e isolada minoria)." Ainda no Canadá, mais dois casos: "... em *Leshner v. Ontario* (1992. pedido provocado por recusa de pensão ao companheiro do requerente, Michael Stark), foi considerada incabível a discriminação por orientação sexual, tendo em mente, igualmente, a Seção 15 (1), pelo que 'gay and lesbian relationship must be treated as equal in status to heterosexual unions' (os relacionamentos gays e lésbicos devem ser tratados em igualdade às uniões heterossexuais)."

"... Em *Egan v. Canada*, caso em que se discutiu o direito do companheiro homossexual a benefício da seguridade social previsto para a esposa (pensão), a Suprema Corte decidiu (1995), unanimemente, que 'whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable costs, and so fall within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds' (se a orientação sexual é ou não baseada em fatores biológicos ou fisiológicos, o que pode ser objeto de controvérsia, isto é uma profunda característica pessoal, que é tanto imutável quanto mutável somente a custos inaceitáveis, e então subsumindo-se no âmbito da proteção da s. 15 como sendo análoga aos campos enumerados); por maioria, assentou que a distinção entre companheiros homossexuais e companheiros heterossexuais em relação a direito à pensão, fundando-se na orientação sexual, é discrimen contrário à Seção 15 (1), oportunidade em que o voto condutor (Justice Cory) asseverou: 'Sexual orientation is more than simply a status that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. The Charter protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of status and conduct and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterosexual or homossexual. It follows that a lawful

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

*No direito norte-americano, "... especificamente sobre discriminação por orientação sexual, considerando a 'equal protection', já decidiram os Tribunais estado-unidenses pela ilegitimidade da exclusão das Forças Armadas (Steffan v. Aspin, D.C. Circuit, 1993; Pruitt, 9th Circuit, 1992: 'Army cannot rely on prejudice of others against homosexuals as a rational basis' (O Exército não pode alegar o preconceito que outros nutrem contra homossexuais como base racional). Cuidando de serviço civil, o D.C. Circuit afastou (Norton v. Macy), como arbitrária, a exclusão de homossexuais, fundada em razões de 'moralidade'. Pronunciou-se o Tribunal: 'A pronouncement of immorality tends to discourage careful analysis because it unavoidably connotes a violation of divine, Olympian, or otherwise universal standards of rectitude. However, the Civil Service Commission has neither the expertise nor the requisite annointment to make or enforce absolute moral judgements... It may be doubted whether there are in the entire Civil Service many persons so saintly as never to have done any act which is disapproved by the prevailing mores of our society... The notion the majority's conventional codes of conduct in the private lives of its employees is ayt war with elementary concepts of liberty, privacy, and diversity... The sufficiency of the charges against the appellant must be evaluated in terms of effects on the service of what... he has done' (Uma alegação de imoralidade tende a desencorajar uma análise cuidadosa porque inevitavelmente tem a conotação de uma violação divina, Olímpica, ou quaisquer outros padrões de retidão. Contudo, a Comissão de Serviço Civil não tem nem o ardil de um expert nem os requisitos necessários para fazer ou fazer cumprir julgamentos morais absolutos... Duvida-se que haja em todo o Serviço Civil pessoas tão santas que nunca tenham feito qualquer ato reprovável diante dos costumes prevalecentes de nossa sociedade... A noção de que seja uma função apropriada da burocracia federal fazer com que sejam cumpridos os códigos convencionais de conduta da maioria nas vidas privadas de seus funcionários está em guerra com os conceitos elementares de liberdade, privacidade e diversidade... A relevância das acusações contra o requerente devem ser avaliadas em função dos resultados do serviço que ele tem prestado)."*

*Ressalta o juiz, ainda, que "... a orientação sexual que alguém imprime, na esfera de sua vida privada, não admite restrição de direitos. Essa a evolução dos precedentes nos tribunais norte-americanos...", citando os casos Eisenstadt v. Baird (1972); Commonwealth v. Balthazar (1974); State v. Pilcher (1976); State v. Saunders (1977); Commonwealth v. Bonadio (1980) e Loving v. Virginia (1967).*

*Discriminação de qualquer pessoa em razão do sexo, aqui entendido como orientação sexual, não é admitida no ordenamento brasileiro,*

*sendo que, qualquer lei que erija esse fator, só por só, a condutor de discriminação, será inconstitucional.*

*No presente caso, ao referir-se a lei a "c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;" é necessário afiná-la com o ordenamento constitucional, e, para tal desiderato, a leitura jurídica possível é a de que, embora o conceito de união estável como entidade familiar não contemple a sociedade de fato entre homossexuais, como aliás emerge do conceito legal de entidade familiar, conforme disposto na Lei 9.278/96, art. 1ª, retro-referida, tal sociedade, existindo, exige tratamento igualitário ao conferido aos companheiros, primeiro pelos princípios constitucionais aventados, e, num segundo momento, utilizando-se ainda dos art. 4º e 5º da LICC, uma vez que tais sociedades, não sendo ilegais, são admitidas na Constituição que garante a liberdade da pessoa humana de tudo fazer, desde que não haja vedação legal.*

*Não se encontra no ordenamento jurídico vedação para a relação homossexual, logo é ela legal. Sendo legal, não há motivo para que não gere efeitos (direitos e deveres).*

*Não se pode, por conseqüência, acatar a tese dos réus de que os art. 215 e 217, I, "c", não reconhecem a união estável homossexual para fins de pensão."*

Já tendo discorrido sobre os princípios constitucionais que alimentam a exegese ora levada a curso, cabe referir que a necessária relação entre os princípios constitutivos do nosso ordenamento, defendida nas linhas subjacentes, é ponto pacífico na jurisprudência de nossos Tribunais, os quais entendem necessário o viés integrativo proporcionado pela necessária relação entre a realidade objetiva e o dever de as decisões estarem a seu acordo.

Não podia deixar de ser diferente. O presente *status* político das sociedades modernas alcançou um nível considerável de lucidez, onde os direitos e a tutela das complexas relações jurídico-sociais consideram a inerente pluralidade cultural existente no seio da sociedade. Sendo assim, superam a virtualidade dos direitos existentes nos primeiros momentos históricos que antecedem sua positivação, onde não ultrapassavam o aspecto declarativo funcional, sem a ponte necessária entre sua existência textual, e a realidade concreta exercida na vida do cidadão tutelado pelo Estado.

Portanto, depende a sustentação e a legitimidade da sociedade moderna da efetivação plena dos direitos devidos ao indivíduo.

Neste sentido, a conferir o devido trato dos princípios relacionados à questão temos o seguinte trecho extraído do voto do eminente desembargador LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, proferido na discussão do Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.026711-0/PR:

"Poucas, quase inexistentes, são as vozes do mundo jurídico nacional que negam o direito do companheiro à pensão derivada de união homossexual. Reflexões a partir da inescandível realidade, abalizadas nos axiomas eleitos pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, fizeram superar óbices, muitos deles apoiados apenas em preconceitos,

à igualação em direitos e deveres de todas as relações humanas não-parentais fomentadas por laços afetivos, qual fosse o gênero dos indivíduos envolvidos. Os vínculos homoafetivos, em homenagem aos princípios da igualdade, dignidade e da defesa da unidade familiar, todos de estatura constitucional, passaram a obter o mesmo tratamento daqueles das relações heterossexuais. Prova disto, relativamente aos temas de Direito Previdenciário, a jurisprudência..."

No mesmo sentido também o julgamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0/RS, rel. Des. João Batista Pinto Silveira:

*CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.*

*5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição.*

*6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.*

*7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.*

*8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.*

*9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.*

*10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.*

*11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.*

Vale agregar que os estudos sobre o tema abundam, sendo já copiosa a jurisprudência e obras doutrinárias a respeito, porém, por dever de fidelidade ao pioneirismo do autor paranaense Luiz Edson Fachin, que já em 1996 propugnava que o simples argumento de constituir-se a família na união estável entre homem e mulher, nos termos do art. 226, § 3º, da CF, "*... não pode ser subterfúgio para negar, num outro plano, efeitos jurídicos às uniões estáveis de pessoas de mesmo sexo.*" (in Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo, RT 732/47, outubro de 1996); além de fidelidade à qualidade dos estudos de Maria Berenice Dias, autora do importante livro União homossexual, o Preconceito e a Justiça, Porto Alegre, 2000, que, em recente estudo, com grande energia intelectual volta a afirmar que "*Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.*" (Direitos Humanos e Homoafetividade, in Revista de Direito do Cesusc, nº 2, p. 181, bº 2, jan/jun 2007).

### **PROVAS DA RELAÇÃO HOMOSSEXUAL.**

Afirma o autor que manteve sociedade homossexual, de fato e estável com L.S.S. por mais de quinze anos quando requereu sua designação como dependente.

É importante notar que é um direito próprio do ora autor designar em vida dependente seu para os fins da Lei 8.112/90.

Em fls. 15/16, junta-se conta bancária e conjunta entre A.C.S. e L.S.S., que, inequivocamente aberta em novembro de 1989, permite inferir que, atualmente, de fato a conta é conjunta.

A prova, conquanto importante, não seria por si só concludente, eis que sequer existe prova de que a conta bancária é, de fato, conjunta desde 1989, sendo evidente que a qualquer momento se pode incluir alguém em conta bancária.

De outro, não contestando a ré a natureza da relação de companheirismo, não utilizou qualquer oportunidade da fase instrutória para esclarecer o momento em que a conta bancária tornou-se conjunta, favorecendo a presunção de que, tal como afirmado em inicial, de fato é conjunta desde 1989.

Em fls. 18/21 constata-se meras declarações, até aquele momento unilaterais, de Joyce, Mariuccia e Irene, que igualmente testemunharam em Juízo, além da declaração de Maria B. C. Shizawa, todas no sentido do conhecimento da relação homossexual ou homoafetiva desde 1989.

Às fls. 27/28 tem-se contrato de convivência firmado pelo autor e seu companheiro, que data de 15 de maio de 2005, ou seja, é atual, mas que declara haver convivência homoafetiva desde abril de 1988 e ainda declara a dependência econômica de L. em relação a A.

É evidente que, sendo contemporâneo ao pedido de habilitação do companheiro do autor, tal contrato de convivência teve também por fim produzir prova da convivência como família bem como da dependência, o que, por outro lado, não lhe retira valor probatório desde que, por presunção *hominis*, o que efetivamente se constata, passando por todas as razões de direito já expostas, é que há efetivamente preconceito social quanto às referidas uniões, de modo que inúmeras permanecem clandestinas por longo tempo ou até mesmo por toda vida dos conviventes, não causando qualquer espécie que só muito tempo depois de iniciada a convivência, sobretudo a partir do grau de consciência social que vem ganhando a discussão do tema, resolvam os companheiros documentarem a relação.

Relativizada a prova documental carreada aos autos, Irene Vieira de Souza, inaugurando a série de testemunhas do autor, colega de trabalho do mesmo, em fls. 63, afirmou que *"... ainda no ano de 1988 esteve na residência do autor, lá tendo conhecido L.... tendo a depoente 'achado estranho' o fato de A. e L. residirem na mesma edícula, constituída apenas de quarto e sala, além de uma única cama de casal; teve a certeza da condição homossexual... no decorrer da convivência; o relacionamento de A. e L., junto aos colegas de trabalho do Departamento de Patologia do HU da UFSC não era escondido ou ocultado."*

Mariuccia, professora universitária aposentada, às fls. 64, afirmou *"conhece o autor desde 1979 ou 1980... o autor assumiu a sua homossexualidade, para a depoente, logo quando veio residir na cidade de Florianópolis... ao saber que o autor estaria residindo com Lourival; a homossexualidade do autor era assumida perante os amigos... o autor convive com Lourival até os dias de hoje."*

Joyce, fls. 65, disse que *"... soube, pelo próprio autor, da sua homossexualidade assumida no ano de 1988, quando o mesmo já residia em Florianópolis, ocasião em que o autor já convivía com L.S... a homossexualidade do autor e sua convivência com L.S. foi assumida perante os colegas de trabalho, amigos e família; sabe que o casou morou junto, desde 1988 até agora... pode assegurar que o casal mantinha vida sexual regular."*

Vale acrescentar que todas as testemunhas referiram ao fato de o casal, desde 1997 ou 1998 manter a guarda de então menor de idade.

Referidas as provas documentais e as testemunhais no que interessam, cabe valorá-las.

Deve-se antes fixar que, ainda que o art. 217, I, "c", da Lei 8.112/90, não se refira a dependência econômica do companheiro em relação ao outro, que deixa a pensão, esta relação é essencial, pois a finalidade da pensão é assegurar ao beneficiário a continuidade do amparo econômico que recebia do servidor falecido e não melhorar-lhe a situação financeira.

Presunção de dependência é incompatível com condição atualmente ocupada tanto pelo homem em relação ao seu companheiro(a), quanto pela mulher em relação ao seu companheiro(a), pois mesmo em relação à mulher, sua participação no mercado de trabalho cresce dia a dia,

assim como o número de mulheres auto-suficientes do ponto de vista econômico. Tal presunção é depreciativa da pessoa humana, pondo-a, irretorquivelmente, numa condição subordinada.

Na esteira deste entendimento, decidiu o Ministro Octávio Gallotti, no julgamento do MS nº 21.540-2 - RJ. Tribunal Pleno. DJU, 26.04.1996 (JSTF - Volume 215 - Página 129), como anoto:

"Na inicial, está dito que a lei não exige do cônjuge prova da dependência econômica, para habilitar-se à pensão. E também se aponta a igualdade entre homens e mulheres, para o mesmo fim.

Essa igualdade existe, sem dúvida, como deixa claro a Constituição da República, no art. 201, inc. V.

Entendo, porém, que a interpretação sistemática dos preceitos constitucionais e legais que regem a matéria impõe a conclusão de que é exigida a demonstração da dependência econômica, mesmo para o cônjuge - homem ou mulher, companheiro ou companheira.

Justifico.

O objetivo da seguridade social é, basicamente, proporcionar proteção diante dos efeitos de fatos da vida, ordinários ou não: doença, morte, invalidez, velhice, reclusão, pobreza, desemprego, maternidade (arts. 194 a 204 da Constituição Federal). Essa proteção exige recursos, proporcionados por toda a sociedade, nos expressos termos do art. 195 da Carta.

O art. 184, inc. I, da Lei nº 8.112/90 é claríssimo, ao dispor que o Plano de Seguridade Social para os servidores da União, além da proteção à maternidade, à adoção e à paternidade e da assistência à saúde, visa a garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão (grifei). Os benefícios são atribuídos ora ao próprio servidor (art. 185, inc. I), ora a seus dependentes (art. 185, inc. II). Na segunda categoria, está a pensão, vitalícia e temporária (arts. 185, inc. II, alínea a, e 215).

Desse exame sistemático da legislação em vigor, depreende-se, especificamente quanto ao benefício da pensão, que visa a garantir meios de subsistência aos dependentes de servidor falecido.

Garantir a subsistência é assegurar um padrão de vida digno, mas não enriquecer o beneficiário, nem elevar-lhe o padrão de vida. Não foi intenção do legislador transformar a morte do servidor em um prêmio para os beneficiários da pensão.

A dependência inequivocamente imposta pela lei "Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão- (art. 215 da Lei nº 8.112/90)" é, sem dúvida, econômica, pois é a única que se pode ligar à idéia de meios de subsistência.

Diante da lei, não há como argumentar que o casamento ou a união estável dispensem a dependência econômica como requisito do

recebimento da pensão. E nem mesmo que criem uma presunção, muito menos absoluta, desse indispensável requisito.

Por isso, considero irrelevante o fato de a Lei nº 8.112/90 não mencionar expressamente a dependência econômica, quando se refere ao cônjuge, à companheira e ao companheiro, no art. 217, inc. I, alíneas a e c. Tal dispositivo não é isolado; pelo contrário, integra um sistema e como tal deve ser interpretado.

Observo, ainda, que o servidor público e seus dependentes gozam de vantagens (art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição) não estendidas aos trabalhadores em geral, sem um ônus correspondente a título de contraprestação. Fica evidente, assim, que é maior o encargo imposto ao Estado (isto é, ao contribuinte) no custeio dos benefícios proporcionados aos servidores públicos e seus dependentes.

Não se pretenda equiparar tal situação à de quem contrata um seguro privado, integralmente custeado pelo próprio instituidor, que, por isso mesmo, pode livremente estipular o valor do benefício e indicar o beneficiário. A finalidade e a forma de custeio da seguridade social impõem limites à concessão dos benefícios.

O impetrante não provou que dependesse economicamente da mulher. Ao inverso, o fato de argumentar com a desnecessidade de tal prova demonstra o contrário."

A fim de que não pairasse dúvidas, consignou ainda o Ministro Gallotti: "Registro, afinal, que, em sessão administrativa de 10 de novembro de 1994, ao apreciar o processo nº 20.335-1, e dando aplicação ao disposto no art. 215 da Lei 8.112-90 (era, então, o óbito posterior à sua edição), decidiu, ainda assim, este Tribunal subordinar o deferimento da pensão, requerida por marido de servidora de sua Secretaria, à comprovação de dependência econômica."

É certo que apenas a união duradoura e sólida extrapolou a simples existência no mundo dos fatos, vindo a revestir-se de juridicidade no mandamento constitucional.

João Batista Arruda Giordano, Revista Ajuris, 45/253, traz contribuição: *"Placitada a questão da relevância do papel destinado à jurisprudência como elemento explicitador dos conceitos que repousam no interior das normas legais, pode-se agora, sem refulhos, afirmar que aos Juízes, caso a caso, não aos legisladores, caberá o mister de esclarecer o que é e o que não é a união estável, onde a união estável se acha e onde ela não se acha. Nessa tarefa, naturalmente, os tribunais haverão de usar os subsídios fornecidos pela melhor doutrina e pela legislação dos povos mais adiantados, além daquela contribuição pessoal dos próprios Juízes. A missão de definir a noção de união estável é dos tribunais, não do legislador, e que, na investigação do conceito, o julgador deverá valer-se dos seguintes subsídios: elementos indicados pela doutrina pátria, isto é, ostensividade ou notoriedade das relações, comunidade de vidas, fidelidade, continuidade e dependência econômica, que estarão todos reunidos, ou alguns deles; e elementos*

*aportados pelo Direito alienígena, como a existência de contrato informal ou de filhos, ou ainda o decurso de um certo tempo desde o início da união".*

Conceituando concubinato puro, ensina Jarbas Castelo Branco - A UNIÃO ESTÁVEL E A CONSTITUIÇÃO (Publicada na RJ nº 206 - DEZ/94, pág. 127)<sup>1</sup> "... *Concubinato é a união livre do homem e a mulher coabitando-se como cônjuges e na aparência geral de casados, isto é, marido e mulher. Ou, na lição de PONTES "é a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo". O elemento essencial dessa união é a fidelidade, a dedicação monogâmica, recíproca, vivendo em more uxorio em atitude ostensiva de dedicação. Esta seria a definição de concubinato puro a que se refere o mandamento constitucional ou em sentido estrito, como querem alguns, ou qualificado, como querem outros, ou, finalmente, apto a gerar efeitos positivos.*"

Prossegue o autor, "*Para que o concubinato seja considerado 'puro' deve ainda revestir-se das circunstâncias próprias da união conjugal, ou seja: 1) Coabitação (convivência more uxorio), mesmo teto. Saliente-se - a coabitação é elemento natural, embora não essencial pelo que dispõe a Súmula 382 do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato". 2) Fidelidade ou exclusividade - a relação deve ser necessariamente monogâmica. 3) A relação precisa ser estável e perdurar no tempo. 4) Continuidade das relações sexuais. 5) Inclui-se também a notoriedade, eis que gera a presunção de casamento.*"

Com tais elementos, pode-se concluir que todos estes requisitos encontram-se demonstrados nos autos. Ressalto que dos depoimentos de todas as testemunhas buscou-se destacar as declarações que favorecem a comprovação da sociedade de fato entre homossexuais com as mesmas características das relações concubinárias, assim como não há o que ressaltar em sentido contrário exatamente por não constar dos depoimentos.

Repare-se que as testemunhas foram consentâneos em afirmar a existência da relação *more uxorio* e na qualidade de amantes, e não amigos, sendo evidente a condição de homossexual do autor, assim como relevante foi a menção à existência de pessoa sob a guarda do casal.

É de se supor que "*as pessoas que vivem em concubinato pretendem iniciar uma vida em comum, de forma a viverem como se casados fossem, assimilando todas as obrigações e responsabilidades do casamento*" (RICARDO GALBIATI, RT 678/65-70).", além do que, sendo essa relação homossexual, natural que não se a divulgue, considerando os eventuais preconceitos sofridos, senão entre o grupo familiar e de amigos próximos, como as testemunhas deixaram absolutamente claro.

A dependência, não contestada pela ré, fica demonstrada também pela prova testemunhal.

Se é socialmente correto perquirir sobre a degradação do ser humano que a outro se submete numa relação de total dependência econômica, tolhendo as próprias potencialidade, juridicamente não se pode punir eventual "preguiça" de quem quer que seja, eis que aqui é de se voltar à pergunta, ainda não respondida, do autor, agora sobre outra ótica: se os

parceiros fossem de sexos diferentes, tal situação de dependência seria questionada? Os valores sociais atualmente aceitos demonstram que não, pois ainda é comum a mulher depender economicamente do homem, não se olvidando a natureza, a biologia que lhe confiou o sagrado poder de gerar a vida. Não se pode esquecer ainda que o homem também é objeto destas observações, sendo de lembrar, por último, a crise de desemprego experimentada pelas sociedades modernas, inclusive pelo Brasil. Voltar-se-ia à raiz do discutido nestes autos: o princípio da isonomia.

Notória era a relação, que durou por mais de quinze anos.

Jarbas Castelo Branco - A UNIÃO ESTÁVEL E A CONSTITUIÇÃO (Publicada na RJ nº 206 - DEZ/94, pág. 127), ao comentar sobre o fator tempo para configuração de relação concubinária, assevera, com muita propriedade: *"... o standard adotado nem sempre é justo, vez que o aplicador da lei deve atentar mais para a qualidade da relação do que propriamente da duração da mesma. Se entende como qualidade da união considerações como a continuidade das relações sexuais, a aparência de afeição, a fidelidade, a coabitação e outras circunstâncias, como quando vem a interrompê-la o falecimento de um dos amantes, a idade dos mesmos, etc."* A relação entre o autor e L. iniciou-se ainda em 1988/89 e ainda perdura.

Quanto ao termo de convivência, não se desconhece o disposto no artigo 1.369 do CC de 1916, que abarca a situação dos aqüestos: "O simples ajuste da sociedade universal, sem outra declaração, entende-se restrito a tudo o que de futuro ganhar cada um dos associados", contudo, trata-se de considerar a relação entre duas pessoas a partir dos laços afetivos, valendo-me aqui, mais uma vez, em razão da identidade dos fundamentos adotados, da construção do Juiz Roger Raupp Rios, *"... Mesmo que o adequado dimensionamento deste litígio encontre abrigo nos direitos humanos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República - e não (pelo menos no caso concreto) na seara do direito de família -, vale sublinhar que a conclusão ora sustentada vai ao encontro da evolução deste ramo do direito civil, em que passo a passo venceu a valorização da afetividade humana sobre as formalidades sociais e legais. Isso é o que demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, nos Recursos Especiais nº 13.564/MG (DJU 11.11.1991, pág. 16.152) e nº 21.697/SP (DJU 27.09.1993, pág. 19.823). A doutrina também marca essa diretriz fundamental. Trago à colação, dentre outros: Carlos Celso Orcesi da Costa (Tratado do Casamento e do Divórcio: constituição, invalidade e dissolução, São Paulo, Saraiva, 1987, precipuamente o Capítulo XVI - Deveres Recíprocos: dever de assistência); Orlando Gomes (O Novo Direito de Família, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984: "O casamento tem uma ratio que as legislações mais recentes tomam em consideração para reformar o direito de família tradicional. Impõe-se cada dia, em todas as partes, generalizando-se, a convicção de que a ratio do casamento na atualidade é o sentimento que sustenta a comunhão espiritual e material de vida própria do casamento e sua razão de ser, chama-se amor, afeição, dedicação recíproca ou até mutuum adjutorium." - pág. 25); José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, Direito de Família, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990: "Fundamental é notar que o sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vida do que pela análise descritiva dos direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial, que o casamento cria" - pág. 291); Sérgio*

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

No caso decidido pelo Juiz Roger Raupp Rios, atrás referido, ainda que se trate de relação contratual, enquanto no presente caso se trata de relação institucional, não se apresenta qualquer diferença de fundo, visto que os fundamentos aqui acolhidos são, essencialmente, os mesmos, e de índole constitucional. Ao decidir sobre a questão, no caso decidido pelo Juiz Roger, o E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (RTRF 4ª, vol. 32/72), em voto proferido pela Juíza Marga Barth Tessler, decidiu:

*"AC 96.04.55333-0/RS. Rel. Juíza Marga B. Tessler. julgamento: 20-08-98. EMENTA: (...) 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 ... - 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... - 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 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..."*

Extrai-se, do voto da relatora, após esta citar Andrew Sullivan, considerações de vital importância, considerando-se a dimensão social do direito: "... A razoabilidade deve prevalecer, também, para afastar a hipocrisia. Somos uma sociedade hipócrita, aplaudimos a cantores e artistas, símbolos de comportamento andrógino, mas hostilizamos o nosso vizinho, se trouxer um amigo para morar com ele. Transformamos transsexuais em símbolo sexual feminino, mas não lhes damos o direito a documentos de mulher; reprovamos o casal lésbico da novela das oito, mas assistimos e toleramos as cenas de violência, o assassinato de crianças e mendigos, o desrespeito com as pessoas mais simples do povo que comparecem a certos programas de auditórios. Somos uma sociedade hipócrita, mas aos poucos vamos nos dando conta da falta de razoabilidade e injustiça em nosso proceder. Aqui, a verificação da ausência de razoabilidade na negativa das rés emprega os princípios, explícitos e implícitos, diria, as vigas mestras do nosso ordenamento

*político. A razoabilidade é a busca da adequação da norma jurídica, e da solução encontrada, à realidade concreta e seus valores... A garantia da cidadania passa pela garantia da sexualidade."*

Não se pode fugir da dimensão social provocada por decisão deste naipe, mesmo porque tais argumentos são sustentados pelos réus, como o foram no curso do caso anterior, onde relatou a Juíza Marga Tessler, como argumento de apelação dos réus, *"O magistrado-sentenciante, certamente comovido pela situação dos apelados, transformou-se em ferrenho defensor do homossexualismo."*

Tal argumento é de uma infelicidade descomunal, pois desconhece a função do Estado-Juiz. Como diz Machado Neto, referindo-se a Giorgio Del Vecchio e Recaséns Siches, *"... Do jurista, enquanto puro jurista e não mais que isso, dirá Recaséns que expõe qual é o direito vigente, como devemos entendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo, não podendo deter-se, nessa condição de puro jurista, na explicação da essência do jurídico e de suas formas e supostos fundamentais, nem empreender a tarefa estimativa ou valorativa do ordenamento vigente, que há de aceitar dogmaticamente. Suas tarefas - todas dogmáticas - serão: encontrar a norma vigente; interpretá-la; construir a estrutura da instituição; e, finalmente, sistematizar o ordenamento em seu conjunto..." (Sociologia Jurídica. A. L. Machado Neto, ed. Saraiva, 1987, 6ª edição, p. 404/405)."*

Assim, do positivismo, emerge a conclusão, paradoxal, de que não deve o juiz aplicar a lei cegamente, mas interpretá-la prospectivamente, sistematicamente com o ordenamento que a sustenta. Sem discorrer sobre várias correntes filosóficas que defendem esta conduta, limito-me a referir que são elas francamente predominantes.

Tal linha interpretativa é, igualmente sustentada pelos sociólogos do direito. Recaséns Siches, em passagem coletada por Machado Neto na obra já referida, ensina: *"... es preciso tener a la vista esos dos aspectos que acabo de señalar: el hecho de que los hombres al producir Derecho tratan de dar certeza y seguridad a determinadas relaciones interhumanas; y el hecho de que a pesar de que el orden jurídico tiene una función estabilizadora de determinadas relaciones sociales, sin embargo, no puede sustraer-se a las necesidades de cambio, suscitadas por el cambio social, por el nacimiento de nuevas necesidades, por la modificación de antiguos menesteres, por la aparición de nuevas circunstancias."*

A esta altura já é possível responder à pergunta fundamental. Se fossem de sexos opostos o autor e L. não haveria qualquer óbice à percepção da pensão pleiteada, assim como não há óbice considerando-se que são do mesmo sexo.

## **DISPOSITIVO.**

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido do autor para, com fulcro no art. 217, I, "c", da Lei 8.112/90, declarar a relação de companheirismo e dependência do casal homossexual, em união homoafetiva,

condenando a Universidade Federal de Santa Catarina a averbar a designação do companheiro do autor, nos termos da fundamentação.

Fixo os honorários de advogado em 5% sobre o valor atribuído à causa, a ser suportado pela ré.

Custas *ex lege*.

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

Florianópolis, 16 de abril de 2008.

CLÁUDIO ROBERTO DA SILVA  
Juiz Federal Substituto