



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.026.981 - RJ (2008/0025171-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
EMBARGANTE : CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI
ADVOGADOS : LISE SCHOMAKER MAURELL E OUTRO(S)
RODRIGO MENDES DE AZEVEDO E OUTRO(S)
EMBARGADO : SEVERINO GALDINO BELO
ADVOGADO : ROBERTO AUGUSTO LOPES GONCALE E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO *POST MORTEM*. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS.

- As questões suscitadas pela embargante não constituem pontos omissos ou obscuros, tampouco erro de fato do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos e conclusões adotados no acórdão embargado.

- O que se percebe, é que busca a embargante sustentar a tese de que o recurso especial não mereceria conhecimento, por incidência das Súmulas 5, 7 e 126, do STJ, no intuito de que o acórdão proferido pelo TJ/RJ seja restabelecido e a pensão *post mortem* consequentemente negada ao embargado.

- Para chegar à conclusão de que o companheiro homossexual sobrevivente de participante de entidade de previdência privada complementar faz jus à pensão *post mortem*, o acórdão embargado assentou-se na integração da norma infraconstitucional lacunosa por meio da analogia, nos princípios gerais de Direito e na jurisprudência do STJ, sem necessidade alguma de revolvimento de matéria de verniz fático ou probatório, tampouco de interpretação de cláusulas contratuais.

- Conquanto questionável a premissa constitucional fixada pelo TJ/RJ, de que o conceito de união estável não contempla uniões entre pessoas do mesmo sexo, o recurso especial trouxe debate diverso e sob viés igualmente distinto foi a matéria tratada no STJ, porquanto ao integrar a lei por meio da aplicação analógica do art. 1.723 do CC/02, o acórdão embargado decidiu a temática sob ótica nitidamente diversa daquela adotada no acórdão recorrido sem necessidade de tanger o fundamento constitucional nele inserto, porque não definiu a união homoafetiva como união estável, mas apenas emprestou-lhe as consequências jurídicas dela derivadas.

- Vale dizer, a decisão do STJ terá plena eficácia não sendo, de forma alguma, limitada em seu alcance pela fixação da tese constitucional, transitada em julgado, ainda que o STF viesse a referendar a conclusão de índole constitucional albergada pelo TJ/RJ.

- Assim, inaplicável, na hipótese julgada, o entendimento da Súmula 126 do STJ, que apenas aponta a inviabilidade de recurso especial quando o recurso extraordinário – que veicule idêntica temática – for obstado na origem. Aí sim, ocorrendo efetiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejudicialidade entre possível decisão do STJ e a existência, na origem, de fundamento constitucional inatacado, é de rigor a incidência do aludido óbice.

- A embargante pretende, em suas ponderações, tão somente rediscutir matéria jurídica já decidida, sem concretizar alegações que se amoldem às particularidades de que devem se revestir as peças dos embargos declaratórios.

- A tentativa obstinada no sentido de que incidam óbices ao conhecimento do recurso especial deve ser contemporizada quando em contraposição a matéria de inegável relevo social e humanitário.

- Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na CF/88.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de junho de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.026.981 - RJ (2008/0025171-7)

EMBARGANTE : CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI
ADVOGADOS : LISE SCHOMAKER MAURELL E OUTRO(S)
RODRIGO MENDES DE AZEVEDO E OUTRO(S)
EMBARGADO : SEVERINO GALDINO BELO
ADVOGADO : ROBERTO AUGUSTO LOPES GONCALE E OUTRO(S)
Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Embargos de declaração, com pedido de atribuição de efeitos modificativos, interpostos por CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI, contra acórdão que conferiu provimento ao recurso especial, e que foi assim ementado:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Recurso especial provido (fls. 376/379).

Em suas razões recursais, a embargante sustenta a existência de *omissões, erro de fato e obscuridade* no acórdão embargado, nos seguintes termos:

i) *omissão* decorrente de *erro de fato*, ao argumento de que “o acórdão recorrido (fls. 241/246), desafiado pelos Recursos Especial e Extraordinário possui dupla fundamentação, uma de âmbito constitucional (artigo 226, §3º da CRFB) e outra infraconstitucional (artigo 1723 do Código Civil), não tendo o Recorrente agravado da decisão que não admitiu o processamento do Extraordinário” (fl. 391), o que evidencia, segundo afirma, o trânsito em julgado do fundamento constitucional do acórdão proferido pelo TJ/RJ, atraindo, por consequência, o óbice inserto na Súmula 126 do STJ;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ii) *omissão* a respeito de alegada ofensa a dispositivo constitucional;

iii) *omissão e obscuridade*, porque “em total descompasso com os verbetes sumulados sob os números 5 e 7, o v. Acórdão embargado procede a análise de questão relativa a observância ou não de cláusula contratual (Regulamento da Embargante), abordando, ainda, o reexame de prova incluído pelo Embargado em seu Recurso Especial” (fl. 398).

Pugna, por fim, pela atribuição de efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração, com o fito de que seja restabelecido o acórdão proferido pelo TJ/RJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.026.981 - RJ (2008/0025171-7)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
EMBARGANTE : CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI
ADVOGADOS : LISE SCHOMAKER MAURELL E OUTRO(S)
RODRIGO MENDES DE AZEVEDO E OUTRO(S)
EMBARGADO : SEVERINO GALDINO BELO
ADVOGADO : ROBERTO AUGUSTO LOPES GONCALE E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Inicialmente, há que se considerar a irresignação da embargante, sob a ótica da pretensão de atribuir nítido caráter infringencial ao presente recurso. As questões por ela suscitadas não constituem pontos omissos ou obscuros, tampouco erro de fato do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos e conclusões adotados no acórdão embargado, vertidos, em seu voto condutor, nos seguintes termos:

Cinge-se a lide a apurar a possibilidade de procedência de pedido de pensão *post mortem* deduzido em face de entidade fechada de previdência privada complementar, com base em existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, pelo período aproximado de 15 (quinze) anos.

Em suas razões recursais (fls. 280/326), o recorrente colacionou diversos julgados proferidos por vários tribunais pátrios, dentre eles os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 4ª Regiões, que adotaram solução distinta daquela acolhida pelo acórdão recorrido. A similitude entre as hipóteses está comprovada, pois os acórdãos alçados a paradigma tratam da possibilidade de extensão dos efeitos da união estável às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, para fins de concessão de benefício previdenciário.

Assim, patente a existência de divergência jurisprudencial, deve o recurso especial ser conhecido pela alínea “c” do permissivo constitucional. Passa-se, portanto, à análise de mérito e aplicação do direito à espécie, conforme autoriza o art. 257 do RISTJ.

I. Dos princípios fundamentais e do emprego da analogia como método integrativo para que se produzam os idênticos efeitos do reconhecimento de união estável a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

Sob essa ótica, a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fixos na vedação a condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, forte nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade.

A inegável superação de antigos paradigmas do Direito de Família tem se operado pela gradativa evanescência da função “procriacional” a definir a entidade familiar, bem como, pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar lugar à comunhão de vida e de interesses pautada na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes.

É certo que o Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Assim, relações fundadas no afeto e na mútua assistência, consolidadas entre pessoas do mesmo sexo, têm sido, gradativamente, inseridas no âmbito do Direito de Família, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que deve conduzir a uma inevitável normatização do tema.

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (PL n.º 1.151/95 e PL n.º 2.285/07), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário, a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual.

Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu art. 1º, que: *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diversos países possuem legislação que reconhece os direitos oriundos de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Entre eles, destacam-se, na Europa, a Dinamarca, a Holanda, a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Islândia, a França, a Espanha, a Bélgica, a Alemanha, a Croácia, a Grã-Bretanha, a Suíça e Portugal. Na América, parceiros de idêntico sexo têm seus direitos tutelados no Canadá, nos estados americanos de *Vermont*, *Connecticut* e *Massachusetts*, na cidade do México, na província argentina de *Buenos Aires* e no Uruguai.

Como ilustração do pensamento evolutivo em andamento, o Presidente do Governo Espanhol, em discurso proferido em 30/6/2005, por ocasião da aprovação da reforma do Código Civil na Espanha, que autoriza o casamento homossexual naquele país, assinalou o seguinte:

“Não estamos legislando, meus senhores, para gentes remotas e estranhas. Estamos ampliando as oportunidades de felicidade dos nossos vizinhos, dos nossos colegas de trabalho, dos nossos amigos e dos nossos familiares, e desse modo estamos construindo um país mais decente, porque uma sociedade decente é a que não humilha os seus membros.” (Disponível em: <http://opusgay.cl/1315/article-68444.html>. Acesso em 29/1/2010).

O contexto sociocultural mundial, portanto, vem acenando no sentido de uma maior acolhida ao pleito das minorias, outrora desassistidas. Seguindo esse compasso, ainda que circunscrito ao universo feminino, considerado o caráter de exclusiva proteção à mulher, cabe assinalar a nova definição legal de entidade familiar conferida pela Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), ao contemplar casais formados por pessoas do mesmo sexo, em seu art. 5º, o qual segue reproduzido, na parte que interessa:

“Art. 5 Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

O STF teceu linhas fundamentais a respeito do tema, por ocasião do julgamento da ADI 3.300/MC/DF, DJ de 9/2/2006, em que o i. Min. CELSO DE MELLO, a despeito de não decidir o mérito da questão, por razões de ordem estritamente formal, acenou no sentido da *“relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas”*. Segue trecho da decisão:

“(...) o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto da proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (...).”

Esta Corte, de sua parte, tem evoluído em sintonia com a dinâmica social, no sentido de estabelecer que, na ausência de disposição legal a respeito do tema, e, empregando-se a analogia como método integrativo da lei, a relação entre pessoas do mesmo sexo é capaz de gerar direitos e deveres, bem assim, de produzir efeitos no universo jurídico, em identidade àqueles oriundos de união estável.

Sob essa perspectiva, os precedentes do STJ:

“PROCESSO CIVIL E CIVIL – (...) UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE – (...)

(...)

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.”

(...)

(REsp 238.715/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, julgado em 7/3/2006, DJ de 2/10/2006).

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. (...) POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

(...)

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 820.475/RJ, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Ac. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4º Turma, julgado em 2/9/2008, DJ de 6/10/2008).

Assim, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

Demonstrada, portanto, a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

Como se pode notar, a quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

E nessa evolução de mentalidade, deve o juiz permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

A defesa dos direitos em sua plenitude deve, portanto, assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Dessa forma, o emprego da analogia para suprir a lacuna normativa, com vistas a inserir as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhado da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

Sob essa premissa, WAGNER BALERA (*in Direitos humanos sociais de seguridade e o companheiro homossexual*, texto publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional – A contemporaneidade dos direitos fundamentais, n. 4, jul./dez. – 2004, São Paulo: ESDC, 2004. p. 135) afirma que deve ser adotada, ao interpretar os direitos humanos, a máxima de que “*no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*”, em consonância com a lição de Canotilho.

Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

No processo em apreciação, da situação fática descrita no acórdão impugnado, insuscetível, pois, de reexame, ressaido, incontroversa, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, havida entre o recorrente e o falecido participante da entidade de previdência privada complementar, o que permite que se avance no julgamento da questão submetida ao crivo deste Órgão Colegiado, aplicando-se, analogicamente, os preceitos normativos concernentes à união estável, para alcançar a hipótese, porquanto não expressamente contemplada na lei vigente.

II. Da previdência privada e a concessão de pensão *post mortem*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrente de união entre pessoas do mesmo sexo.

Ao julgar questões de direito previdenciário, especificamente a concessão do benefício de pensão por morte a dependentes de segurado, este Tribunal tem sido veemente em contemplar a união entre pessoas do mesmo sexo com o consequente reconhecimento ao direito.

Ilustrativo do tema, o REsp 395.904/RS, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (*in memorian*), DJ de 6/2/2006, de cuja ementa pinço o seguinte trecho:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

(...)

3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: " Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. "

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9 - Recurso Especial não provido.”

A integração por meio do uso da analogia, a permitir que os efeitos do instituto da união estável abarquem a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidas as características que se amoldam à referida entidade familiar, permite que as normas reguladoras do Regime Geral de Previdência Social sejam, em igual medida, utilizadas para a concessão do benefício da pensão por morte a reconhecido companheiro de participante de entidade de previdência privada complementar.

Desse modo, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante.

Ainda que não haja debate a tal respeito, consigne-se que, se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. Defendem a ideia GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES (*in Direito previdenciário na união homossexual*, Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, n. 10, Ano 18, out./2006, p. 71) e ÉRICA PAULA BARCHA CORREIA (*in A relação homoafetiva e o Direito Previdenciário*, Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária, Ano XIX, n. 227, mai./2008, p. 17).

Avançando no tema, deve-se ter em mente a lição de Wagner Balera (ob. cit., p. 153 e 161), de que a “*proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social brasileiro*” de modo que “*os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes*”. Dessa forma, em hipótese alguma a previdência privada complementar poderá excluir a previsão de beneficiário, contida no Regime Geral de Previdência Social, do companheiro de pessoa de mesmo sexo.

Ora, o direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência.

Tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício pretendido ensejaria, em última análise, o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada, nada havendo a justificar eventual alegação de desequilíbrio nos cálculos atuariais.

Por fim, quanto à ausência de inscrição do recorrente como dependente do participante da entidade de previdência privada complementar, especificamente para o recebimento da pensão *post mortem*, registre-se que a jurisprudência do STJ atesta no sentido de que, incontroversa a união estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à aludida pensão, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares” (REsp 844.522/MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 4ª Turma, julgado em 5/12/2006, DJ de 16/04/2007).

A exigência de designação expressa pelo participante, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à entidade de previdência complementar, da vontade do falecido em indicar o companheiro como beneficiário da pensão por morte; sua ausência, porém, não importa a não concessão do benefício, se comprovada a união nos mesmos moldes que a estável, por outros meios idôneos de prova, como ocorre na hipótese.

Em raciocínio complementar, como poderia estar inscrito na qualidade de dependente o companheiro do mesmo sexo se o próprio estatuto da entidade de previdência privada não contempla tal situação, isto é, não reconhece como companheiro aquele que mantém união afetiva com pessoa de idêntico sexo?

Por tudo isso, mediante a ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

A recorrida, portanto, deve ser condenada a pagar ao recorrente, companheiro sobrevivente de participante da entidade de previdência privada, a pensão *post mortem* tal como pleiteada, em igualdade de condições com todos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais beneficiários em situações análogas (fls. 358/372).

O que se percebe, é que busca a embargante sustentar a tese de que o recurso especial não mereceria conhecimento, por incidência das Súmulas 5, 7 e 126, do STJ, no intuito de que o acórdão proferido pelo TJ/RJ seja restabelecido e a pensão *post mortem* consequentemente negada ao embargado.

Todavia, para chegar à conclusão de que o companheiro homossexual sobrevivente de participante de entidade de previdência privada complementar faz jus à pensão *post mortem*, o acórdão embargado assentou-se na integração da norma infraconstitucional lacunosa por meio da analogia, nos princípios gerais de Direito e na jurisprudência do STJ, sem necessidade alguma de revolvimento de matéria de verniz fático ou probatório, tampouco de interpretação de cláusulas contratuais.

Volvendo ao acórdão recorrido, verifica-se que o fundamento constitucional utilizado pelo TJ/RJ e que agora dá ensejo à insurgência da embargante quanto à não aplicação da Súmula 126 do STJ, aponta tão só que, com base na interpretação constitucional ali conferida, o conceito de união estável não contempla uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Conquanto questionável a premissa constitucional fixada pelo TJ/RJ, o recurso especial trouxe debate diverso e sob viés igualmente distinto foi a matéria tratada no STJ e, alterando-se em uma relação lógica a premissa infraconstitucional, de igual modo deve ser modificada a síntese adotada pelo Tribunal de origem, permanecendo ainda assim, incólume, o fundamento constitucional, o que importa na ausência de atração da Súmula 126 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Frise-se, ao integrar a lei por meio da aplicação analógica do art. 1.723 do CC/02, o acórdão embargado decidiu a temática sob ótica nitidamente diversa daquela adotada no acórdão recorrido, sem necessidade de tanger o fundamento constitucional nele inserto, porque não definiu a união homoafetiva como união estável, mas apenas emprestou-lhe as consequências jurídicas dela derivadas.

Vale dizer, a decisão do STJ terá plena eficácia não sendo, de forma alguma, limitada em seu alcance pela fixação da tese constitucional, transitada em julgado, ainda que o STF viesse a referendar a conclusão de índole constitucional albergada pelo TJ/RJ.

Assim, inaplicável, na hipótese em julgamento, o entendimento da Súmula 126 do STJ, que apenas aponta a inviabilidade de recurso especial quando o recurso extraordinário – que veicule idêntica temática – for obstado na origem. Aí sim, ocorrendo efetiva prejudicialidade entre possível decisão do STJ e a existência, na origem, de fundamento constitucional inatacado, é de rigor a incidência do aludido óbice.

Como se vê, a embargante pretende, em suas ponderações, tão somente rediscutir matéria jurídica já decidida, sem concretizar alegações que se amoldem às particularidades de que devem se revestir as peças dos embargos declaratórios.

Além do mais, a tentativa obstinada no sentido de que incidam óbices ao conhecimento do recurso especial deve ser contemporizada quando em contraposição a matéria de inegável relevo social e humanitário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, deve-se observar que eventual violação a dispositivos constitucionais consiste em questão a ser apreciada em sede de recurso extraordinário perante o STF. Com efeito, ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar matéria constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na CF/88.

Nesse sentido, anota a jurisprudência pacífica do STJ: “(...) Em razão da dicotomia dos recursos excepcionais dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, adotada pela Constituição de 1988, torna-se defeso a esta Corte, no âmbito do recurso especial, examinar eventual violação de dispositivo constitucional, missão reservada ao guardião da Lei Maior. Impossível a análise da norma constitucional em sede especial, ainda que vise a prequestionamento.” (EDcl no REsp 189.696/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2/4/2001).

Conclui-se, dessa forma, que o recurso não reúne os pressupostos específicos para o seu acolhimento.

Forte em tais razões, REJEITO os embargos de declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0025171-7

EDcl no
REsp 1.026.981 / RJ

Números Origem: 20050010671995 200600159677 200713519666

EM MESA

JULGADO: 22/06/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SEVERINO GALDINO BELO
ADVOGADO : ROBERTO AUGUSTO LOPES GONCALE E OUTRO(S)
RECORRIDO : CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL
PREVI
ADVOGADOS : LISE SCHOMAKER MAURELL E OUTRO(S)
RODRIGO MENDES DE AZEVEDO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Previdência privada

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL
PREVI
ADVOGADOS : LISE SCHOMAKER MAURELL E OUTRO(S)
RODRIGO MENDES DE AZEVEDO E OUTRO(S)
EMBARGADO : SEVERINO GALDINO BELO
ADVOGADO : ROBERTO AUGUSTO LOPES GONCALE E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda (Presidente), Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de junho de 2010

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária