

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**

**RECURSO ESPECIAL N. 1.026.981-RJ (2008/0025171-7)**

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Severino Galdino Belo

Advogado: Roberto Augusto Lopes Goncale e outro(s)

Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ

Advogado: Lise Schomaker Maurell e outro(s)

**EMENTA**

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, afim 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, 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. 8.213/1991, 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 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 igualmente 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.

## 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 23.02.2010

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Severino Galdino Belo*, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-RJ.

**Ação (inicial às fls. 2-13):** sob o rito ordinário, ajuizada pelo recorrente em face da *Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ*, em que pleiteia o pagamento de pensão *post mortem*, decorrente do falecimento de seu companheiro, beneficiário de plano de previdência privada complementar mantida pela ré.

O autor sustenta que conviveu em alegada “união estável” com *Luiz Carlos Ferreira dos Santos*, de 1990 até a data de seu óbito, ocorrido em 07.04.2005. Relata que o companheiro era filiado ao plano de assistência e benefícios de previdência privada complementar da ré, do qual figura como dependente do beneficiário. Aduz que formulou, junto a ré, pedido de pensionamento em razão da morte do companheiro e que referido pedido lhe foi negado, sob o argumento de “falta de amparo legal”. Informa que foi nomeado herdeiro testamentário do falecido companheiro, com o qual mantinha conta corrente conjunta e que a união entre ambos apresentava caráter público, notadamente entre familiares e amigos. Assevera que a conduta da ré é discriminatória, ferindo os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

**Contestação (fls. 75-87):** alude que “não há previsão no Regulamento da ré, para beneficiar, por pensão por morte, companheiro do mesmo sexo, por falta de amparo legal” (fl. 82), de forma que “só haverá direito ao recebimento de

pensão, a partir do momento em que a lei reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo, do contrário, não há qualquer direito ao autor” (fl. 83). Assevera, além do mais, que o autor não foi inscrito como beneficiário, pelo associado, para o recebimento de pensão *post mortem*, figurando ele como beneficiário apenas do plano de pecúlio, o qual lhe foi devidamente pago.

**Sentença (fls. 190-194):** o pedido formulado pelo recorrente foi julgado procedente, a fim de condenar a recorrida ao pagamento de todos os valores relativos ao pensionamento *post mortem*, desde a data do falecimento de seu companheiro, ao entendimento de que, caracterizada a relação homoafetiva, tal como alegada na inicial, e regularmente cumpridas as obrigações relativas ao negócio jurídico firmado entre o falecido e a entidade de previdência privada, faz jus, o recorrente, ao benefício postulado.

**Embargos de declaração:** opostos pela recorrida (fls. 196-197), foram rejeitados (fl. 199).

**Acórdão (fls. 236-248):** deu provimento à apelação interposta pela *Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ*, a fim de reformar a sentença, para julgar improcedente o pedido, com base nos seguintes fundamentos:

1º - “Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, à ela não se aplica as disposições da Lei n. 8.971/1994, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que ‘a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’, consignando no parágrafo 3º que ‘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’. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo.”

2º - “Por outro lado, ausente a comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento *post mortem*), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido”.

**Embargos de declaração:** interpostos pelo recorrente (fls. 250-253), foram rejeitados (fls. 256-257).

**Recurso especial (fls. 280-326):** interposto sob alegação de ofensa aos arts. 535 do CPC; 4º e 5º, da LICC; além de dissídio jurisprudencial.

**Recurso extraordinário:** às fls. 260-278.

**Contrarrazões:** às fls. 329-338.

**Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 348-350):** o TJ-RJ admitiu o recurso especial, determinando a remessa dos autos ao STJ.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Cinge-se a lidar 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 da união estável a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo.**

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. 1.151/95 e PL n. 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”.

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 30.06.2005, 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 29.01.2010).

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. 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 n. 3.300/MC-DF, DJ de 09.02.2006, 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 (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 n. 238.715-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 07.03.2006, DJ de 02.10.2006).

Processo Civil. Ação declaratória de união homoafetiva. (...) possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da Lei n. 9.278/1996 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 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 n. 820.475-RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Ac. Min. Luis Felipe Salomão, 4º Turma, julgado em 02.09.2008, DJ de 06.10.2008).

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 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 conseqüente 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, recai, 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* 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 conseqüente reconhecimento ao direito.

Ilustrativo do tema, o REsp n. 395.904-RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa (in *memorian*), DJ de 06.02.2006, 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. 8.213/1991, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, aligizar 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.

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 n. 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. 8.213/1991, 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, maio/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 igualmente 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.

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 n. 844.522-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 05.12.2006, 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 demais beneficiários em situações análogas.

Forte em tais razões, *conheço* do recurso especial e a ele *dou provimento*, para, restabelecendo a sentença, condenar a recorrida ao pagamento da pensão *post*

mortem ao recorrente, em decorrência do falecimento de companheiro participante da entidade de previdência privada complementar.

306

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, Srs. Ministros, quero dizer que realmente o papel do Superior Tribunal de Justiça é muito importante nessas questões, mas confesso minha dificuldade em opor obstáculos a se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Cito apenas um caso aqui, que foi público, e o Brasil inteiro o acompanhou, na Bahia, do famoso artista plástico Carlos Bastos. Foram quarenta anos de convivência com o companheiro. Se eu disser que essa união não foi estável, estarei querendo negar uma realidade. Quarenta anos de uma união feliz, pois convivi com os dois e sei que eram felicíssimos, de forma que não vejo por que – penso até, Sr. Presidente, perdoe-me, que a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, do qual fui Advogado durante dez anos com muita honra, está litigando de má-fé aqui, porque não deveria ter aceito como beneficiário o companheiro.

E me lembra o Dr. Arquibaldo Baleeiro, que foi meu chefe no Banco do Brasil, como Advogado, que, consultado, a respeito de um depósito, disse ao funcionário: “Olha, para entrar pode; para sair, vamos examinar.” Era esse o pensamento do Banco do Brasil, quer dizer, para inscrever como companheiro e pagar a previdência pode, mas para pagar o benefício depois da morte vamos examinar? Não aceito, Sr. Presidente.

A litigância é de má-fé, não deveria ter aceito o companheiro como beneficiário.

De forma que eu, *data venia* dos eminentes Ministros – e até me perdoem por essa ênfase que estou dando aqui –, acompanho inteiramente o voto da eminente Ministra, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.