

Agravo de instrumento n. 2004.003533-0, da Capital.

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - UNIÃO HOMOAFETIVA - TUTELA ANTECIPADA NEGADA - RECLAMO ALMEJANDO O DEFERIMENTO DO PLEITO - PRESSUPOSTOS CARACTERIZADOS - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - SÚPLICA ACOLHIDA POR MAIORIA. Revelando Declaração de Convívio Marital, da Gerência de Desenvolvimento Social, da Diretoria de Seguridade Social, do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), subscrita por duas testemunhas, e Declaração individual de cidadão que há vida em comum, irrecusável na espécie a verossimilhança e risco de dano irreparável ou de difícil superação à saúde, autorizando o reconhecimento da dependência econômica presumida, possível diante dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos, independentemente de discriminação e preconceito. Pertinente é a tutela recursal antecipada em ação constitutiva, porque a relação jurídica exposta na inicial não será criada, modificada ou extinta no ato decisório liminar, a qual só poderá ocorrer quando da análise do mérito na sentença. Logo, o que se antecipa é um dos efeitos desta criação, modificação ou extinção, ostentando nesse contexto o provimento judicial provisório executividade, por enfeixar o resultado da transformação jurídica operada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 2004.003533-0, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda), em que são agravantes J.M.V. e outra, sendo agravado IPESC - Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina:

**ACORDAM**, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, atender o reclamo, ordenando-se a inclusão de P. C. W. no respectivo Plano de Saúde, como dependente de J. M. V. no Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC).

Custas na forma da lei.

J. M. V. e P. C. W., irresignadas com a respeitável decisão proferida na ação de reconhecimento de sociedade de fato - união homoafetiva n. 023.04.003168-6, proposta contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), que indeferiu a antecipação de tutela, em virtude da ausência de imprescindibilidade do imediato reconhecimento da dependência para fins previdenciários (fl. 93), interpôs agravo de instrumento com pedido de

tutela recursal antecipada, clamando, em suma, a modificação daquele interlocutório.

Negada a providência almejada nesta egrégia Corte (fls. 107 e 108), a parte contrária apresentou resposta (fls. 113 a 118), cujo conteúdo, por brevidade, é incorporado a esta suma.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior, opinou no sentido de negativa da súplica irresignatória. É a síntese do essencial.

A demanda cognitiva instaurada no primeiro grau (fls.17/45) objetiva o reconhecimento da sociedade de fato em união homoafetiva, finalizando o pleito requerimento de expedição de ofício ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), a fim de que a segunda inconformada, ou seja, P. C. W., seja incluída no plano de saúde na condição de dependente da primeira insurgente, isto é, J. M. V.

A Declaração de Convívio Marital (fl. 50), da Gerência de Desenvolvimento Social, repartição da Diretoria de Seguridade Social, da parte contrária, na hipótese o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), subscrita por duas testemunhas, indica que há aparência do fato alegado, confirmado também na Declaração (fl. 51) de F. W.N.

O colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento n.2003.4010409787-RS, em julgamento de 6.4.04, acerca da matéria assim se pronunciou: "Plano de Saúde de Natureza Privada. Inscrição de Companheiro. Homossexual na condição de dependente. Possibilidade. Princípio Constitucional da Isonomia. Direito à Saúde. Verossimilhança. Risco de Dano Irreparável ou de difícil reparação, Demonstrados os requisitos necessários à Concessão da Antecipação de Tutela, deve ser reformada a decisão que indeferiu a liminar".

Ainda: "União Homossexual. Realidade Fática. Transformações sociais. Evolução do direito. Princípios Constitucionais de Igualdade. Arts. 3º, IV e 5º da Dependência Econômica Presumida" (Ap. Cív. n. 349785/RS, de 21.11.2000). E mais: Ap. Cív. n. 70006844153/RS, também consagrando essa exegese.

A tese, portanto, é viável, havendo presunção da dependência econômica. Todavia, a ação desencadeada é constitutiva, tendo em seu bojo declaratividade. Destaca William Santos Ferreira em sua obra "Tutela Antecipada no âmbito Recursal" (RT, p. 97, n. 5.3) que aqueles que inadmitem a possibilidade de incidência do art. 273 do CPC nas ações constitutivas, alinham dois óbices: a) "como nestas ações se visa alteração em uma relação jurídica (criar, modificar ou extinguir), não se poderia alterar algo que só na sentença seria cabível; b) nestas ações não há execução". Responde, em seguida, esse autor: "Quanto ao primeiro argumento, em nossa opinião, há uma confusão no elemento central do raciocínio. Evidentemente, a relação jurídica não será criada, modificada ou extinta pelo provimento antecipatório, já que isto só pode ocorrer através do exame do mérito na sentença: o que se

antecipa são os efeitos desta criação, modificação ou extinção". Enfatiza em complemento: "Quanto ao segundo argumento, de que nas ações constitutivas não há execução, reprisando o que foi dito quanto às ações declaratórias, para a execução sempre apontou-se a necessidade da sentença condenatória (título executivo judicial) ou de título executivo extrajudicial, porém não são apontados óbices à antecipação de uma tutela condenatória. Ora, com muito mais razão, nos casos em que se prescinde de execução, parece cabível a tutela antecipada". Em resumo, a própria sentença constitutiva ostenta executividade, eis que ela enfeixa o resultado da transformação jurídica operada. Daí a procedência da irresignação.

Por outro lado, "a tutela antecipada é cabível em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva negativa ou positiva, condenatória, mandamental, se presentes os requisitos do art. 273, CPC" (STJ - 5ª Turma, Med. Caut. 4.205/MG-AgRg, Min. José Arnaldo, DJU de 4.3.2002, p. 271). **In casu** os pressupostos indispensáveis estão caracterizados.

Ante o exposto, atende-se o reclamo, ordenando-se a inclusão de P. C. W. no respectivo Plano de Saúde, como dependente de J. M. V. no Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Jaime Ramos, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 12 de abril de 2005.

Francisco Oliveira Filho

PRESIDENTE E RELATOR