

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS**
RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

EMENTA

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.
- 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.
- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

RELATÓRIO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: R. P. C. e I. S. R.

ajuizaram ação contra a CEF e a FUNCEF para, reconhecida a existência de "união estável", incluir o segundo autor na condição de dependente do primeiro no Plano de Saúde da CEF, podendo usufruir dos benefícios do Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS.

Afirmam que mantêm vida em comum por mais de sete anos. Revelaram, também, serem homossexuais e portadores do vírus HIV.

A r. sentença de 1ª instância (fls. 147/214), declarou o pedido parcialmente procedente para, mesmo rejeitando a declaração de união estável entre os autores, admitir no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS e na Funcef a condição de dependente de R. P. C..

Houve embargos declaratórios que foram rejeitados (fls. 223/225).

A FUNCEF (fls. 229/237) e a CEF apelaram (após anulação da rejeição dos embargos por irregularidade na publicação - fl. 259 - fls. 269/283).

A apelação foi desprovida.

Eis, no que importa, a ementa do acórdão, ora recorrido:

"(...) 5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de *união estável* entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a *união* em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. 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.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. 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.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. (...) (fls. 333/334).

Daí os Recursos Especiais da CEF (fls. 342/366) e da FUNCEF (fls. 408/418).

O recurso da FUNCEF foi inadmitido por intempestividade (fl. 440).

A decisão foi confirmada pelo improvimento do AG 271.711/RS.

O recurso da CEF assenta-se em suposta ofensa ao Art. 16, I e § 3º da Lei 8.213/91; ao Art. 1º da Lei 8.971/94; ao Art. 1º da Lei 9.278/96; ao Art. 1.363 do CC/16 e ao Art. 3º, § 2º, do CDC. Apontou, também, divergência jurisprudencial.

Em suma, a CEF sustenta que:

- a) o conceito de companheiro está diretamente ligado ao de união estável;
- b) união estável só se estabelece entre homem e mulher; e,
- c) é inaplicável o CDC, pois não se configura relação de consumo.

Sem contra-razões (fl. 437).

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

- 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.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Art. 3º, § 2º do CDC não foi objeto de debate no acórdão recorrido. O Tribunal *a quo* não afirmou que a hipótese envolve relação de consumo. Fez apenas uma referência *an passant* e genérica ao Código de Defesa do Consumidor. Falta o prequestionamento. Incide a Súmula 282/STF.

Os demais dispositivos foram efetivamente questionados. O julgado recorrido aborda, mesmo sem citação expressa, o conteúdo jurídico de tais Artigos legais.

A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável tem direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros.

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.

Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

O reconhecimento da sociedade de fato (CC/16, Art. 1.363 - cf. REsp 148.897/ROSADO) tem servido para a divisão do patrimônio amealhado pelo esforço comum.

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 7 de junho de 2000, que estabelece os "*procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual*". O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (RESPE 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, §

Superior Tribunal de Justiça

7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual".

Neste processo, a r. sentença, verdadeira monografia sobre o fato social da homossexualidade, demonstrou que o conceito de união estável não abrange o concúbio entre pessoas do mesmo sexo.

Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva.

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg no REsp 174.856/NANCY e EDcl no AgRg no AG 256.536/PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1/PERTENCE- Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799/CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como 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.

A divergência jurisprudencial não está configurada com as formalidades exigidas pelo Art. 541, parágrafo único, do CPC. Ademais, não houve o confronto analítico entre os paradigmas colacionados e o julgado recorrido para demonstração de semelhança entre os

Superior Tribunal de Justiça

casos confrontados, que, no caso, efetivamente, não existe. Simples transcrições de ementas não bastam. Nesse sentido: EAG 430.169/HUMBERTO; AGA 552.760/GONÇALVES, AGA 569.369/PÁDUA, AGA 376.957/SÁLVIO, dentre outros.

Nego provimento ao recurso, ou, na terminologia da Turma, não o conheço.



RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Senhora Ministra Presidente, quero apenas deixar claro que estamos votando, exclusivamente, a relação de dependência para efeito do plano de saúde, ou seja, não há nenhuma consideração com relação aos aspectos relativos à união estável, mesmo porque o Tribunal de origem desqualificou isso, tendo presente a interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que tem uma tipificação que torna inaplicável para o caso da relação dita homoafetiva. Ou seja, em uma palavra, o que estamos determinando é apenas a possibilidade de indicação de uma pessoa como dependente para efeitos do plano de saúde e, realmente, com relação a isso não há qualquer óbice porque se pode fazer um plano de saúde privado e indicar quem quer que se queira para ser beneficiário, desde que, para isso, tenha recursos disponíveis.

Portanto, confinada a matéria nessa circunstância, acompanho o eminente Relator e também não conheço do recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 1999/0104282-8

REsp 238715 / RS

Números Origem: 455333096 9600020302 9604553330

PAUTA: 19/04/2005

JULGADO: 19/04/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretário

Bel. **MARCELO FREITAS DIAS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

ASSUNTO: Civil - Contrato - Plano de Saúde

CERTIDÃO

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

Após os votos dos Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Castro Filho. Aguarda o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 19 de abril de 2005

MARCELO FREITAS DIAS

Secretário

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS**
RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Trata-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com fundamento no artigo 105, III, alínea “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. 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 da pessoa humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.

1. Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o feito, pois a inicial fala em ação declaratória da união estável, mas, na verdade, seu objeto principal é uma providência condenatória, qual seja, a inclusão de dependente em plano de saúde. Ademais, a presença da CEF no pólo passivo não deixa dúvidas sobre a competência da Justiça Federal.

2. A Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar o feito, pois a discussão dos autos não está ligada ao vínculo de emprego, e sim à aplicação das regras referentes ao sistema de Seguridade, a relação segurado-aposentado do plano de saúde mantido pelos réus.

3. A ausência da intervenção do Ministério Público no feito não é

Superior Tribunal de Justiça

causa de sua nulidade, pois os autores são plenamente capazes e não há pedido específico de declaração de união estável, embora tenha sido assim nominada a ação; ausentes, portanto, as hipóteses dos arts. 82 e 84 do CPC.

4. O fato do juízo monocrático ter proferido decisão conjunta – de mérito e sobre o pedido de antecipação de tutela – não implica na nulidade da sentença, constituindo mera irregularidade, que ademais não causou prejuízo às rés.

5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. 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.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. 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.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da

legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas 'doenças oportunistas', sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados, para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

11. Dispensados os autores do pagamento de caução (§ 3º do art. 273 do CPC), cuja exigência depende do prudente arbítrio do juiz e cuja dispensa não impede que os autores, se vencidos, respondam pelos danos causados pela medida antecipatória. No caso dos autos, devem ser dispensados os autores da caução, face à evidente ausência de condições, tanto de saúde quanto financeiras, já que são beneficiados pela Assistência Judiciária Gratuita e, certamente, não são poucas as suas despesas com a doença.

12. Apelações improvidas.”

Sustenta a recorrente, em termos sucintos, negativa de vigência aos artigos 16, I, e § 3º, da Lei 8.213/91, e 1º da Lei 8.971/94, na medida que o acórdão recorrido deu interpretação completamente colidente ao conceito de companheiro encontrado em nosso ordenamento jurídico. Pondera que o conceito de companheiro está ligado diretamente ao de união estável, que, a teor do § 3º do artigo 226 da Carta Magna, só pode ocorrer entre homem e mulher. Se não há esta, não há de se conceber a figura do companheiro. Alegou,

Superior Tribunal de Justiça

ainda, violação aos artigos 1º da Lei 9.278/96; 1.363 do Código Civil e 3º, § 2º, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Primeiramente, observa-se que os artigos do Código de Defesa do Consumidor e o artigo do Código Civil não foram objeto de debate pelo acórdão recorrido. De igual forma, o dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes exigidos pelo artigo 255, do Regimento Interno deste Tribunal, e pelo artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Cinge-se a questão à possibilidade de se reconhecer o direito de o companheiro homossexual de um funcionário da Caixa Econômica Federal - CEF, ser incluído no seu plano de saúde, independentemente do não reconhecimento pelo *decisum* da união estável pretendida por eles.

O eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, após relatar o feito, proferiu seu voto no sentido de negar provimento ao apelo extremo, no que foi acompanhado pelos eminentes Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi, com base nos seguintes fundamentos:

"A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável tem direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros.

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

..

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

...

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 7 de

Superior Tribunal de Justiça

junho de 2000, que estabelece os "procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual". O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (REsp 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual".

....

Há contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg no RESP 174.856/NANCY e Edcl no AgRg no AG 256.536/PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1/PERTENCE-Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799/CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como 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."

Superior Tribunal de Justiça

Em que pesem os argumentos expendidos pelo ilustre relator, tenho que na espécie sob julgamento, existe um obstáculo intransponível ao conhecimento do presente recurso; uma vez que a matéria controvertida é de cunho predominantemente constitucional, o que inviabiliza seu exame através da via eleita do especial, devendo, portanto, ser dirimida a questão no âmbito do recurso extraordinário, também interposto. Aliás, como o próprio relator ressaltou, *"nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais"*.

Com efeito, resumindo a questão, a inicial afirma a existência de vida em comum entre os autores, relação homoafetiva, há mais de sete anos, dividindo casa, despesas etc., à semelhança das relações heterossexuais concubinárias. Confessam a sua contaminação pelo vírus HIV e esta foi a razão da aposentação do primeiro autor junto à CEF e é o que motivou a pretensão de inclusão do segundo autor no plano de saúde das rés na condição de dependente.

A sentença de primeiro grau julgou extinto o pedido de declaração de união estável, forte nos termos do § 3º do artigo 226 da CF/88, contudo, entendeu que a não declaração da união estável não impede a possibilidade de inclusão do segundo autor como dependente de seu companheiro, resolvendo a lide pelos princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, as objeções das rés ao pedido deduzido pelos autores, sintetizam-se na impossibilidade de inclusão no Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS e cadastramento junto à Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF do segundo autor, I.S.R., na condição de dependente de R.P.C., pelo fato de serem do mesmo sexo e a Constituição Federal de 1988 exige a presença de pessoas de sexos opostos para a configuração da união estável e, ainda, por inexistir em nosso ordenamento jurídico legislação regulando os direitos oriundos dessa relação.

Do voto condutor do acórdão extraio os seguintes excertos:

"(...)

Com efeito, a r. sentença julgou extinto o pedido de declaração de união estável, forte nos termos do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, contudo, a não-declaração da união estável não impede a possibilidade de inclusão do segundo autor como dependente de seu companheiro. A solução do litígio não se dá tão-somente pela invocação do citado artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, mas, sim, em considerar relevantes os princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Considerou o douto julgador monocrático em sua decisão, de maneira exemplar, sobre a questão dizendo que:

'A Constituição Federal de 1988, na esteira do constitucionalismo ocidental contemporâneo, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia, após declinar os princípios e objetivos fundamentais da República, os direitos e liberdades fundamentais. Dentre estes, consagrou, sobremaneira, a liberdade, a igualdade, sem os quais jamais poder-se-ia sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental veiculado no artigo 1º, inciso III.

(...)

Ninguém há de discordar que, no caso em exame, a recusa à inclusão do segundo autor no PAMS e na Funcef foi motivada por pertencerem os demandantes ao mesmo sexo. Não fosse essa circunstância, inexistiria o óbice argüido pelas rés, qual seja, a impossibilidade de subsunção da relação afetiva travada entre os autores ao conceito de companheiro, admitindo-se que tal conceituação seja aquela emprestada pelo parágrafo 3º do inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 ('Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal').

Ora, essa fundamentação para a recusa, mesmo calcada em dispositivo legal, não pode subsistir no ordenamento jurídico nacional, diante da análise da Constituição de 1988.

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da

Superior Tribunal de Justiça

isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).

Pois bem, 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.'

Como visto, apesar de ter sido declarada a impossibilidade do reconhecimento da união estável entre os autores, o acórdão recorrido decidiu que seria viável incluir o segundo autor como dependente nos planos de saúde e previdência privada suplementar, com base nos princípios da liberdade, da igualdade, e da dignidade humana, insculpidos na Constituição Federal vigente, evidenciando-se, com isso, a índole constitucional da discussão, cuja competência fica reservada ao Supremo Tribunal Federal.

É de se não perder de vista que, apesar de haver fundamento infraconstitucional, a abordagem central é de natureza constitucional.

Verifica-se que a conceituação de companheiro, definição emprestada pelo § 3º do inciso I do artigo 16 da Lei 8.213/91, é do seguinte teor:

"Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

*I - o cônjuge, a companheira, o **companheiro** e o filho ...*

§ 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a

Superior Tribunal de Justiça

segurada, de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal." (grifo nosso)

Destarte, não há dúvida de que para dirimir a controvérsia, é mister que esta Corte analise a relação homoafetiva entre os segurados, à luz dos dispositivos legais referidos, não se podendo perder de vista que todos os artigos tidos como violados remetem-nos à interpretação do aludido § 3º do artigo 226 da Magna Carta, ressaltando, ainda, que a questão infraconstitucional apreciada pelo Tribunal *a quo*, por si só, não é suficiente para dirimir a demanda. Nem poderia ser diferente, porque a questão não é de *lege lata*; é de *lege ferenda*, isto é, no plano infra-constitucional inexistente lei que regule a matéria, que só poderá ser objeto de lei futura.

Assim, consoante meu entendimento, a questão deve ser decidida em sede do recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual, sem qualquer manifestação sobre o mérito, não conheço do recurso especial.

É o voto.

Ministro CASTRO FILHO

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 1999/0104282-8

REsp 238715 / RS

Números Origem: 455333096 9600020302 9604553330

PAUTA: 19/04/2005

JULGADO: 07/03/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

ASSUNTO: Civil - Contrato - Plano de Saúde

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de março de 2006

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária