

**NOVOS CONDICIONAMENTOS PARA ACESSO AOS BENEFÍCIOS DA
SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA RECONFIGURAÇÃO DO CONCEITO
DE FAMÍLIA**

**NEW CONDITIONING FOR ACCESS TO BENEFITS
SOCIAL SECURITY IN BRAZIL: ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE
OF FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 AND RECONFIGURATION OF THE
CONCEPT OF FAMILY**

“Consideramos justa toda forma de amor”.

Lulu Santos

Júlia Francieli Neves de Oliveira¹
Noli Bernardo Hahn²

RESUMO

A pesquisa se concentra nas novas estruturas de família, na diversidade e nas diferenças dentro da realidade social e jurídica, em virtude dos direitos sociais, como a seguridade, enquadrados no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais. A pergunta que conduz toda a reflexão é esta: Quais os efeitos jurídicos, na previdência social, a partir do reconhecimento das novas famílias no direito brasileiro? O objetivo fundamental deste estudo é, então, esclarecer as transformações na legislação previdenciária e nos nossos tribunais ante as novas entidades familiares plurais. As uniões homoafetivas, o concubinato e as famílias

¹ Pós-graduanda em Direito Processual Civil no Luis Flavio Gomes – LFG. Mestranda no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Bolsista CAPES/PROSUP e membro do Projeto de Pesquisa *Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania* junto a este Mestrado. Pesquisa realizada através do projeto Casadinho/Procad. E-mail: julianeves15@hotmail.com.

² Graduado em Filosofia e Teologia. Doutor em Ciências da Religião, Área de Concentração Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito. Participa do Grupo de Pesquisa Novos Direitos na Sociedade Globalizada, registrado no CNPq e base de sustentação da linha de pesquisa Direito e multiculturalismo, do Mestrado em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo. Pesquisa realizada através do projeto Casadinho/Procad. E-mail: nolihahn@santoangelo.uri.br.

paralelas, as situações em que um componente comum, mantém múltipla conjugalidade, em mais de um núcleo familiar, são uniões baseadas no afeto e que, sendo moralmente aceitáveis ou não, existem. E, portanto, na maioria dos casos, devem gerar efeitos jurídicos sob a contextualização dos direitos fundamentais inseridos, oferecendo um procedimento que consiga dar conta da complexidade social, e não serem expatriadas para a invisibilidade jurídica. A pesquisa é realizada pelo método dedutivo, pois este modo de raciocínio explica determinados fatos a partir de uma visão global, e integra, também, o método histórico em razão da relevância da análise dos fenômenos jurídicos no tempo.

Palavras-chave: Judicialização das relações; Novas famílias; Seguridade social.

ABSTRACT

The research focuses on the new family structures, the diversity and differences within the social and legal reality, because of social rights, such as security, classified in chapter Fundamental Rights and Guarantees. The question that drives all reflection is this: What are the legal effects on social welfare, from the recognition of new families in the Brazilian right? The primary goal of this study is then to clarify the changes in welfare laws and in our courts against new plural family entities. The homoafetivas unions, concubinage and parallel families, situations in which a common component maintains multiple conjugal, in more than one household, marriages are based on love and that being morally acceptable or not, there. And therefore, in most cases, should generate legal effects in the context of fundamental rights inserted, providing a procedure that can take account of social complexity, and not being expatriated to legal invisibility. The search is performed using the deductive method as this mode of reasoning explains certain facts from a global view, and also integrates the historical method because of the relevance of the analysis of legal phenomena in time.

Keywords: Legalization of relations; New families; Social Security.

INTRODUÇÃO

Para compreender as transformações sociais em termos de família, observam-se as mudanças culturais, onde as pessoas foram recebendo uma educação que as fizeram ser mais independentes de estruturas religiosas, sociais e políticas. Hoje o mundo impulsiona a sociedade a pensar diferenças e pluralidades, principalmente em termos de família.

Segundo Touraine a etnicidade é a afirmação de uma cultura interiorizada por indivíduos que vivem numa sociedade moderna e étnica, isto é, que reconhecem a importância da democracia cultural (TOURAINÉ, 1997, p. 260). A sociedade multicultural, longe de

romper com o espírito democrático que assenta no universalismo individualista, é o culminar da ideia democrática, como reconhecimento da pluralidade dos interesses, das opiniões e dos valores sociais (TOURAINÉ, 1997, p. 263). É inegável a pluralidade de formas de vida amorosa, esta que já abriu espaço para a caracterização das uniões homossexuais como entidades familiares.

Desta forma, as novas estruturas de família, na diversidade e nas diferenças dentro da realidade social e jurídica, em virtude dos direitos sociais, como a previdência, foram enquadradas no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais. A legislação previdenciária sofreu evolução clara, percebendo-se a intenção de acompanhar os fatos sociais em curso, impulsionados pelo clamor das novas formas de família, oferecendo um procedimento que consiga dar conta da complexidade social (DIAS, 2011, p. 484).

O modo de raciocínio utilizado para a abordagem do tema é dedutivo, com procedimento comparativo, através de documentação indireta e com pesquisa bibliográfica, a qual consiste no levantamento de bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Considera-se que um raciocínio é dedutivo quando de uma ou mais premissas se conclui uma proposição que é conclusão lógica da(s) premissa(s). Recorre-se, também, ao método histórico em razão da relevância da análise dos fenômenos jurídicos no tempo.

O artigo apresenta-se em três partes. Primeiro se tematiza o sistema de seguridade social brasileiro na Constituição Federal de 88, dando um destaque aos princípios que orientam esse sistema. A seguir, analisa-se a judicialização das relações sociais da estrutura familiar no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Por último, relaciona-se seguridade social e as novas famílias. Procura-se refletir sobre reflexos em relação aos critérios de concessão de benefícios previdenciários e assistenciais ao verificar as mudanças provocadas na seguridade social pela família plural.

1 O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A família, na história da humanidade, sempre foi uma instituição básica das mais distintas e remotas sociedades. Giddens afirma que as mudanças sociais e culturais que aconteceram na história sempre afetaram as estruturas familiares (GIDDENS, 2005, p. 99). Torna-se importante observar que na história dos povos há modelos ou estruturas familiares

distintos, não existindo um modelo único ou uniforme para todos os povos e culturas (ROCHA-COUTINHO, 2006, p. 91).

E a constitucionalização do tema previdenciário no Brasil não foi um processo gradual, mas, ao revés, uma revolução perpetrada pela última Assembleia Constituinte. Para demonstrar tal conclusão, breves aspectos históricos das Constituições Brasileiras propiciará uma fácil visualização.

Desta forma, analisa-se inicialmente a primeira constituição brasileira de 24 de março de 1824, sua principal característica foi à liberalidade dos direitos individuais e o absolutismo da organização dos Poderes, porém não mencionava nada sobre previdência (IBRAHIM, p. 134).

Após a proclamação da República em 1889, através de intermédio de uma Assembleia com um ano de negociação, foi outorgada a Constituição de 1891 (LIMA, 2008, p.1). Esta constituição foi a primeira a tratar sobre aposentadoria, mas era dada apenas aos servidores públicos, em caso de invalidez, e aos magistrados (IBRAHIM, 2011, p.134).

Após a revolução de 1930, o presidente Getúlio Vargas nomeou uma comissão para elaborar uma nova constituição (LIMA, 2008, p.1). Na constituição de 1934, houve várias mudanças e já se falava em garantias sociais. A constituição de 1934 previa a proteção do trabalhador. Esta Constituição determinou uma instituição de previdência mediante contribuição e aposentadoria (IBRAHIM, 2011, p.135). Por causa de todas essas inovações, a constituição de 1934 foi conhecida como a primeira a tratar de previdência com garantias sociais. Mas essa constituição não durou muito, mas foi o suficiente para consolidar a ideia de democracia no país.

A Constituição de 1937, não trouxe muita inovação. Esta se apresentou bastante autoritária, pois retirou o direito de greve e instituiu a pena de morte. Na Constituição de 1946, a competência para legislar sobre normas de seguro e previdência social era da União, prevendo também a obrigatoriedade de contribuição para a previdência, inovou na garantia de aposentadoria por tempo de serviço para o servidor público de 35 anos. Já a Constituição de 1967 não trouxe nada de novo, apenas uma emenda constitucional que vigora até os dias de hoje e está abarcada no artigo 195, §5º, CF/88:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total [grifo nosso],

Como se percebe, após a Constituição de 1934 não houve muitas mudanças. Na Constituição de 1937, o princípio da igualdade volta a ser assegurado de forma genérica. De certa forma, os dispositivos sobre proteção ao trabalho da mulher e da aposentadoria compulsória mantiveram-se. Porém em relação ao voto da mulher e à maternidade, a constituição é omissa (EVANGELISTA, 2012 p. 14).

Somente em 1946, a legislação se inovou em relação ao trabalho da mulher. A nova constituição dispõe sobre a previdência em favor da maternidade, e a regulamentação do voto da mulher. “No que tange o direito de se aposentar, o cidadão passou a exercê-lo apenas aos 70 (setenta) anos ou após completar 35 (trinta e cinco) de serviço”. A constituição de 1967, a primeira após a declaração Universal dos Direitos do Homem, em relação à aposentadoria modificou o tempo de serviço para 35 (trinta e cinco) anos quando homem, e 30 (trinta) anos quando mulher (EVANGELISTA, 2012, p. 14).

Com a promulgação da Constituição de 1988, um novo direito previdenciário se forma além da constituição reiterar o princípio da igualdade entre os cidadãos. A seguridade social passa a conceituar-se como a rede protetiva formada pelo Estado e particulares. Estabelecendo ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes e ainda diminuindo o tempo para requerer a aposentadoria, sendo de 65(sessenta e cinco) para os homens e 60 (sessenta) anos para a mulher, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida. Segundo IBRAHIM, a Constituição de 1988 teve um Dirigismo Previdenciário:

A constituição vigente foi a primeira a tratar da seguridade social, em título próprio da *ordem social*. Foi clara a intenção de criar um sistema protetivo até então inexistente em nosso país, já que o Estado pelo novo conceito seria responsável por uma rede de proteção capaz de atender aos anseios de todos na área social.

No âmbito constitucional a seguridade social brasileira passa a ser apresentada, como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (CF/1988, art. 194, *caput*) (IBRAHIM, 2011,136).

Portanto, com o advento da constituição de 1988, houve uma mudança bastante significativa, nos moldes da seguridade social, um deles que ficou bem claro foi à reciprocidade de direitos entre homens e mulheres, pois na Constituição de 1916, ainda adotada uma tradição civilista de que o homem ainda era o pátrio poder, e a mulher sua dependente, nunca o contrário.

A constitucionalização da seguridade introduziu variados temas que vão além da organização estatal, apresentando direitos fundamentais que antes não eram considerados na pirâmide normativa, principalmente no que tange os direitos e garantias individuais (IBRAHIM, 2011, p.133). A seguir serão analisados os princípios que norteiam a seguridade social na Constituição.

1.1 Princípios que norteiam a seguridade social na Constituição

Os princípios que regem a seguridade social encontram-se no artigo 194, da CF/88. Tais princípios são estes: princípio da solidariedade social, da universalidade da cobertura e do atendimento, da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, da irredutibilidade do valor dos benefícios, da equidade na forma de participação no custeio, da diversidade da base de financiamento, e do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Será realizada uma breve análise de cada princípio.

Princípio da Solidariedade Social: é o mais importante de todos, pois toda sociedade, independentemente de se beneficiar dos serviços disponibilizados, deve contribuir para a seguridade social (FILIPPO, 2007, p.1). Para Sergio Pinto Martins:

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto implicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado (...) ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado (MARTINS, 2002, p.35).

A ideia que esse princípio passa é que todos nós contribuímos para usufruir ou não da seguridade e garantir que as pessoas que não tem condições possam utilizar esse benefício.

Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento: este princípio consiste em dar acesso ao maior número de beneficiados, tentando proteger a população de riscos sociais previsíveis e possíveis (FILLIPO, 2007, p.1). Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Por universalidade de cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessita (...). A universalidade de atendimento significa, por seu turno, a entrega de ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso de saúde e de assistência social (2006, p.110).

Com base nesse princípio, a seguridade social tenta ser a mais perfeita possível, pois tenta proteger ao máximo seus beneficiários.

Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais: esse princípio tem por base uniformizar os direitos entre trabalhadores rurais e urbanos. Nesse sentido Marcelo Leonardo Tavares ressalta que:

As diferenças históricas existentes entre os direitos do trabalhador urbano e rural devem ser reduzidas paulatinamente até a extinção. A legislação previdenciária posterior à Constituição de 1988 adequou-se ao princípio, sem fazer discriminação entre trabalhadores urbanos e rurais, exceto pelo tratamento diferenciado do segurado especial, devido a características particulares desta espécie de segurado (TAVARES, 2002, p.74).

Esse princípio é uma inovação, pois se adequou ao ordenamento constitucional de 1988, no qual estabelece a uniformização de tratamento entre trabalhadores rurais e urbanos.

Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços: sua finalidade é uniformizar a distribuição dos benefícios sociais em maior número de necessitados. Sergio Pinto Martins afirma que:

A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia de distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social (MARTINS, 2002, p.78).

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios: sua finalidade é preservar o valor dos benefícios de acordo com um percentual plausível para economia, pois o estado não pode diminuir o valor dos benefícios.

Princípio da equidade na forma de participação no custeio: ele norteia a ideia de que o custeio da seguridade social seja feito de acordo com a capacidade contributiva daqueles que estão obrigados a custeá-los (TORRES, 2012, p.1), “na medida de suas possibilidades, possibilidades estas que são fornecidas pelos ganhos, seja do empregador, seja do trabalhador. Quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com mais” (DIAS; MACÊDO, 2008, p.121).

Princípio da diversidade da base de financiamento: este princípio consiste na garantia do financiamento da seguridade, podendo vir de outros meios de contribuição.

Princípio do caráter democrático e descentralizado da administração: quer dizer que, por ser descentralizado, ele tem a titularidade de execuções de determinados serviços e que visa a aproximação dos cidadãos com as organizações por defenderem seus direitos (TORRES, 2012, p.1).

Esses são os princípios que regem a seguridade social na constituição federal, trazendo segurança para os direitos sociais e individuais da população. O tema dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando se trata em direitos sociais, é a consequência inequívoca da elevação da dignidade da pessoa humana à centralidade do Ordenamento. (IBRAHIM, 2011, p.111)

Mas como a sociedade não estagna, ela se mobiliza e evolui constantemente. O direito previdenciário não consegue acompanhar suas mudanças, deixando para os tribunais resolverem conflitos que surgem. A devida tutela aos trabalhadores em face dos riscos sociais, como velhice, doenças e acidentes, e principalmente em conjunto com os encargos familiares, tema estudado, toma novo corpo.

Neste novo contexto, ganham evidência a judicialização das relações da estrutura familiar e a previdência social, como instrumentos de segurança frente às diversidades da vida, além de contar com prestações em favor do desenvolvimento da família. Este é o tema a seguir desenvolvido.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS DA ESTRUTURA FAMILIAR NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O conceito de família preconizado no Código Civil de 1916 mudou com a promulgação da Constituição de 1988, mesmo assim as relações familiares continuaram a evoluir e o nosso dispositivo legal não consegue manter o ritmo acelerado dessas mudanças.

Ao longo do século XX, o Estado passou a se interessar de forma clara pelas relações familiares e suas manifestações sociais, por esse motivo houve a tutela constitucional, onde foram definidos modelos de família para proteger seus interesses. Mas nem sempre houve um rápido acompanhamento da evolução social, no qual se geram novos valores e tendências que se fixam, e que o ordenamento jurídico não tutela (LÔBO, 2012, p.17). O modelo de família mudou tão rapidamente que a previdência social não consegue acompanhar tal mudança, tendo que nossos tribunais resolver tais conflitos que a lei não ampara.

Com base no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a união estável é elevada a status familiar, mas a legislação da previdência não prevê como dependentes e beneficiários o(a) “companheiro(a)”, tendo que ingressar no judiciário para conseguir uma sentença declaratória de união estável para poder fazer prova de sua dependência e usufruir dos benefícios.

A Previdência Social tem seu próprio posicionamento acerca do assunto, entretanto há dois pontos de vista: a primeira tese, aliás majoritária, defende que é necessária a existência de outros elementos a corroborar com a sentença para esta ter validade na esfera administrativa; já a segunda hipótese é a de que um órgão no exercício público atribuído pelo Estado não pode denegar o acolhimento da sentença declaratória, pois estaria se opondo à própria prestação jurisdicional (SILVA, 2013, p.1).

Se a união estável é tida como caráter de entidade familiar, é notório que toda questão relativa ao assunto se resolva como o casamento, mas quando há uma dissolução dessa entidade, há alterações no qual somente a jurisprudência toma frente ao assunto.

No que se referem à união homossexual, os tribunais do Rio Grande do Sul tem entendido que não se pode cancelar a pensão por mero ato administrativo da previdência:

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. CANCELAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DIREITO DE DEFESA. MOTIVAÇÃO. NULIDADE. 1. É nulo o ato administrativo que cancela pensão sem prévia instauração de processo administrativo no qual seja assegurado o contraditório e a ampla defesa e desprovido de motivação. 2. São segurados obrigatórios do Plano IPE-SAÚDE os pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul. Art. 3º, inciso IV, da Lei n.º 12.134/2004. É indevida a cobrança de valores destinados ao PAC dos segurados obrigatórios do IPE-SAÚDE. Recurso provido. (Apelação Cível N°70045231537 , Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 27/10/2011) Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 27/10/2011)

Também tem se entendido que a concessão de pensão só é dada aquelas que preenchem os requisitos mínimos estabelecidos:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. PENSÃO À COMPANHEIRA. REQUISITOS AUTORIZADORES NÃO PREENCHIDOS. Os tribunais pátrios, inclusive do Rio Grande do Sul, vêm a muitos anos reconhecendo a união homossexual para fins previdenciários. Entretanto, para a habilitação de companheira como dependente previdenciária de servidora pública estadual falecida, essencial a comprovação da relação por período superior a cinco anos, ou existência de filho em comum, além de dependência econômica, a teor do art. 9º, inciso II e § 5º da Lei 7.672/82. Embora demonstrada relação superior ao prazo legal, não restou comprovada dependência econômica. Inexistência dos vícios previstos no art. 535 do CPC.

Impossibilidade de rediscussão da matéria. Prequestionamento descabido, pois o acórdão fundamentou claramente a questão debatida. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70054407895, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 12/06/2013)

Desta forma, a aplicação correta do Direito Previdenciário não implica uma necessária ampliação dos beneficiários, mas sim uma adequação à sua finalidade protetiva, afastada de qualquer tipo de perfeccionismo ético. Sem dúvida isso pode gerar ampliações de prestações, como foi à aceitação da união homoafetiva, mas há restrições, como a negativa de benefício para o cônjuge separado de fato, salvo se comprovada a dependência econômica, pois se não mais vivem juntos, a premissa protetiva é que não há mais dependência, pouco importando como se realizou a separação. Não se trata de alargar ou reduzir benefícios, mas somente aplicá-los de acordo com ideais de bem-estar e justiça social, previstos na Constituição de 1988.

2.1 A constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002

A ideia de família, para o Direito brasileiro, sempre era a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulamentado pelo Estado. Com a constituição de 1988, esse conceito ampliou-se uma vez que o Estado passou a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isso significa que o conceito de família se transformou, impulsionado pela própria realidade.

Os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 1960 e 1970 foram absorvidos pelo texto constitucional de 1988. Observa-se que foi a partir daí que o Estado, constitucionalmente, passou a dar proteção às famílias que não fossem constituídas pelo casamento. Surge, portanto, uma nova sociedade mais justa. Os direitos fundamentais, expressos no artigo 5º, apresentam a interdição de toda e qualquer forma de discriminação ou preconceito. “Consagrando a isonomia e possuindo como base a dignidade da pessoa humana” (CHAVES, 2011, p. 91). Até então, a expressão da lei jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento, atualmente a ciência jurídica possui o escopo de promover e assegurar direitos, efetivando, o sentido pleno da cidadania.

Então, pode-se observar que a família é um gênero que comporta várias espécies. É o reconhecimento de que a família não é singular, mas sim plural.

Nesse sentido:

(...) Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente de casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar em que os arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”*, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes um ambiente de subversão dos oras consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora a concepção constitucional do casamento – diferentemente com o que ocorria com os diplomas superados – *deve ser necessariamente plural, porque plurais são também as famílias* e, ademais, não é ele o casamento, o destinatário final de proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade³. (...)

O Direito de família foi incorporado pela Carta Magna brasileira de 1988 repleto de princípios vinculantes, e é indubitável que a elevação dos seus principais institutos ao status constitucional simbolizou que a abonação dos seus princípios garantidores das relações familiares está atendida de melhor forma e, como consequência, mais sólida para se tornarem mais eficientes. Este é o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família (DIAS, 1999, p. 5).

A carta Magna demonstra uma intensa preocupação com as questões sociais, refletindo uma maior intervenção do Estado em busca da justiça social. O direito das famílias com a Carta Magna de 1988, atravessou para a contemporaneidade superando nas palavras de Luiz Edson Fachin “um conjunto de dogmas, de dicotomias, falsas ou fictícias”. O autor complementa que tal mudança acarretou “outro modo de ser e estar nas relações jurídicas e no reconhecimento das relações jurídicas e no reconhecimento da dimensão jurídica das relações sociais” (FACHIN, 2008, p.122).

A família atual passa a ser plural ao invés de singular já que a constituição reconhece a multiplicidade de famílias, aumenta a tutela jurídica e a esfera de liberdade de escolha daqueles que as compõem. Desta forma, a lei maior amplia as maneiras de se constituir família, tendo como fundamento central o afeto e o desejo dos seus componentes de estarem juntos.

A chamada família nuclear ou conjugal ganha relevância eis que composta apenas pelos pais e seus filhos. Sua importância deriva de um estado de espírito, antes que uma

³ STJ, REsp 1.183.378/ RS, 4ª turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, publicado em 01.02.2012.

estrutura, distribuição e arranjo da casa, distinguindo-se dos demais padrões, pela peculiar solidariedade que une os membros dessa unidade doméstica. Ao mesmo tempo em que os separa da coletividade. Tem eles um aguçado sentimento de viver em clima afetivo que os protege contra qualquer intrusão, isolando-os através dos muros da privacidade, tendendo a restringir-se ao casal e filhos sob o mesmo teto, deixando de fora os ascendentes (avós), os colaterais (tios e sobrinhos) e mesmo os filhos economicamente independentes (LEITE, 1994, p. 19).

Com base nessas premissas, nota-se que nem todas as entidades familiares foram identificadas no sistema jurídico, mas a proteção constitucional abrange todos os modelos de família. Indubitavelmente o legislador adotou um modelo ideal, o da família constituída pelo casamento. Porém com a inclusão do *caput* do art. 226 da carta magna brasileira, passou a ser vislumbrado como cláusula geral de inclusão, devendo-se compreender que o panorama constitucional não deve ser tido como taxativo, mas sim exemplificativo. Assim o afeto terminou por ser inserido no âmbito de proteção jurídica (SILVA, 2008, p. 853).

O Código Civil de 2002, levando adiante o exemplo do Diploma de 1916, não ousou. Simplesmente, não abandonou os princípios clássicos da família patriarcal e matrimonializada. Há quem aponte até certa displicência do legislador, que se limitou a copiar dispositivos do código anterior. Houve, é verdade, a incorporação tímida, da união estável. Na seara do poder familiar, no diploma atual brasileiro, a terminologia pátrio poder foi substituída pela expressão poder familiar. Entretanto, relativamente, ao teor do poder familiar genericamente, os artigos são influenciados pelo CC de 1916, não trazendo, assim alterações de grande relevância. As imposições da Carta Magna foram rejeitadas com a eliminação dos dispositivos discriminatórios em relação aos filhos e à mulher. Entretanto, deixou-se passar a ocasião propícia a “uma atualização de fundo conceitual e principiológica” (COMEL, 2003, p. 52-53).

Entretanto, um avanço recente pode ser apontado: com o advento da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil brasileiro tiveram a sua redação modificada, normatizando, finalmente a chamada guarda compartilhada. A lei é bem clara ao definir o que é guarda unilateral e o que é guarda compartilhada. Sendo que a guarda compartilhada é o modelo legal, devendo o juiz, apenas em última *ratio*, determinar a guarda unilateral, podendo o modelo compartilhado ser outorgada, sem o requerimento das partes ou quando não haja consenso, de acordo com a interpretação do § 2º do artigo 1.584 do C.C., mas desde que o magistrado entenda que está sendo atendido o melhor interesse da criança.

No Brasil, o CC de 2002 não definiu união estável, pode-se, entretanto, conceituá-la como sendo uma união livre que reúne todos os requisitos afetivos do casamento. Todavia o artigo 226, § 3º da CF/88, reconhece expressamente como entidade familiar somente a união estável entre o homem e a mulher.

Diante do avanço e omissões legislativas, não existe um modelo ideal de família, no sentido singular. Sob este viés, entende-se que “o novo modelo de família, funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade e da pluralidade, impingindo nova roupagem axiológica ao novo Direito de família” (DIAS, 2007, p. 41).

Atualmente o Direito Civil é constitucionalizado, com poderosa carga solidarista e despatrimonializante, em patente reconhecimento da superior hierarquia da pessoa humana, no contexto do “ser”, em detrimento do contexto do “ter”. A ocorrência da despatrimonialização e repersonalização das relações familiares configura a promoção da pessoa humana. O papel do Estado deve ser tão somente garantir a possibilidade de uma convivência familiar, mas não deve intervir na liberdade dos indivíduos no sentido de administrar sua vida, seu afeto e/ou de construir o seu modelo ideal de família. Nesse sentido Fachin relata que a afetividade assumiu dimensão jurídica (FACHIN, 2003, p. 49-50).

Diante da transformação de estruturas familiares e inclusão destas na constituição ou até mesmo nos tribunais, será realizado um breve estudo em relação à seguridade social no Brasil e as novas relações sociais, das famílias plurais, uniões homoafetivas e o concubinato.

3. SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL E A FAMÍLIA PLURAL: REFLEXOS SOBRE OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS

A previdência social, como instrumento de segurança frente às adversidades da vida, além de contar com prestações em favor do desenvolvimento da família, atende aos grandes males que afligem a pessoa humana, com idade avançada, doença, invalidez e também a morte.

A cada necessidade social prevista, o sistema protetivo conta com ao menos, uma prestação previdenciária adequada. No caso da morte, há pensionamento dos dependentes, assim como, na prisão, benefício assemelhado, conhecido como auxílio-reclusão. Ambos são previstos na Lei nº 8.213/191, a partir dos arts. 74 e 80, respectivamente.

Tomando lugar o evento determinante – o risco coberto – há a concessão do benefício. No caso dos últimos listados, os beneficiários são compostos pelas pessoas que

dependem da prisão ou da morte economicamente do segurado. A dependência econômica é o principal elemento caracterizador da condição jurídica de dependente previdenciário, pois a finalidade da proteção social, tanto para segurados quanto para dependentes, é a manutenção de patamar mínimo de bem-estar, capaz de assegurar a vida digna.

Antes de analisar o objeto central deste estudo, é de extrema importância compreender o que são os Direitos Sociais. Estes são os direitos de "segunda geração" do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais, decorrentes da necessidade de prestações positivas do Estado em relação ao cidadão, em convergência ao princípio da igualdade, cujo objetivo é possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Referente aos Direitos sociais nas relações de família e a inserção das novas famílias na previdência social, tais direitos sociais estão inseridos nas categorias de direitos fundamentais (título II, cap. II da Constituição Federal/ 88), que representam as prerrogativas fundamentais do cidadão em suas relações com o Estado. Dentre todos os direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal/ 88 está previsto o direito à previdência social ante as novas modalidades de família, para que estes possam conquistar o reconhecimento da sociedade e a proteção jurídica do Estado.

A família é umas das instituições sociais mais antigas da história dos povos, e de fato surgiram conflitos inerentes ao novo modelo familiar que irrompe com as ideias liberais. Pois enquanto estado absolutista, o modelo familiar era monárquico, o pai era o que possuía o poder (poder patriarcal), e somente a partir das ideias de Rousseau e Locke, combateram o estado absolutista e o direito paternal. A partir das ideias liberais com a descoberta do indivíduo e da razão individual, foi então rompendo aos poucos a família patriarcal tradicional e o modelo de família nuclear (pai, mãe e filhos), e com a mudança de modelo familiar, aos poucos a mulher foi se emancipando. Atualmente, o critério da estrutura familiar esta em sua base na afetividade, que inclui a homossexualidade, tanto masculina, quanto feminina (ROUDINESCO, 2003, p.19).

Este entendimento propaga-se nas ideias de Roudinesco que descreve a respeito da transformação da estrutura familiar:

Finalmente, a partir dos anos 1960, impõe-se a família dita "contemporânea" – ou pós-moderna" – que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam (ROUDINESCO, 2003, p.19).

A partir deste texto analisa-se que a família contemporânea não se rege exclusivamente pela regra da heterossexualidade, segundo Ghiraldelli as novas famílias tem a ver com a referência do corpo, pois, atualmente, tornou-se central a busca de relações íntimas ou realização sexual para unir indivíduos e construir famílias (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 46).

Para isso, se utilizarão, de forma ampla, as questões envolvendo a respeito da relação entre o princípio protetivo da dignidade da pessoa humana, o direito a sexualidade e igualdade de tratamento social. Faz-se necessário certo equilíbrio nas relações dos conflitos e a igualdade de direitos entre as pessoas assim como a proteção judiciária das novas formas de famílias (MORAES, 2012, p. 129).

Nesta reflexão de cunho mais histórico, cabe ressaltar que a afetividade possibilita o critério estruturador das novas famílias. Dessa forma, também, pode-se pensar em relações homoafetivas. A constituição Federal de 1988, no art. 226, prevê igualmente famílias monoparentais⁴ e a união estável entre homem e mulher (TOURAINÉ, 2006, p. 43).

O reconhecimento formal por parte da legislação, da jurisprudência ou da doutrina tem desempenhado importante papel na busca pela igualdade de direitos sociais das novas famílias tanto de heterossexuais como também de homossexuais. Uma grande quantidade, algumas ainda em grau de recurso refletem a clara disposição da nossa sociedade laica em estabelecer uma cultura solidária e baseada nos direitos universais do homem e da mulher.

O modelo previdenciário brasileiro, até pelas suas raízes do seguro social, adota previsão exaustiva de pessoas que podem enquadrar-se como dependentes econômicos do segurado. Ou seja, em privilégio ao equilíbrio financeiro do sistema (CF. art. 201, caput, Constituição), a Lei nº 8. 213/1991, art. 16, limita a pretensão de dependentes, pois somente aqueles relacionados podem demandar prestações no caso de óbito ou prisão do segurado.

Os dependentes no RGPS são divididos em três classes, constituídas pelos I – cônjuges, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; II – Os pais, III – O irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido (art. 16, Lei nº 8.213/1991).

Se o dependente da classe I existir, este terá classe preferencial e dependência econômica presumida, pelo fato de preponderar sobre os demais, através da figura do cônjuge ou companheiro (a). Com exceção do menor tutelado e do enteado, que, assim como os

⁴ Família monoparental é a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

demais da classe II e III, devem comprovar a dependência econômica para receberem o benefício previdenciário.

Observa-se que na classe I, a lei reconhece tanto o casamento quanto a união estável, com algumas restrições, a Lei nº 8.213/1991 apresenta indício de solução, ao estabelecer, no art. 16 § 3º, que se considera companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da constituição federal.

Na seara protetiva, uma companheira (o) é pessoa que possui animus de convivência com o segurado, em vida comum, e formando sociedade afetiva. Se forem impedidos, por lei, de contrair núpcias, não interessa ao meio previdenciário.

Administrativamente, o tema nunca apresentou problemas, tendo o INSS, tradicionalmente, em situação de concubinato, dividido a pensão por morte ou auxílio-reclusão com a esposa, desde que ainda houvesse vida em comum, comprovada mediante ampla defesa das partes e contraditório.

Veja a Ementa da Apelação Cível Nº 70047138060, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 26/06/2013:

APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. AÇÃO ORDINÁRIA. PENSÃO POR MORTE. DUPLA UNIÃO ESTÁVEL. RATEIO. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. REQUISITO DERROGADO. INCOMPATIBILIZAÇÃO COM A NOVA ORDEM. I - Verificado o impedimento matrimonial, o relacionamento heterossexual, embora não eventual, configura o "concubinato" (C. Civil art. 1.727), não ensejando a incidência das normas relativas ao instituto da "união estável", constitucionalmente protegido, inclusive no que respeita à pensão por morte. Mas a própria Lei Civil excepciona ao dispor, na segunda parte do parágrafo 1.º do art. 1.723, que o impedimento matrimonial não obsta a UNIÃO ESTÁVEL "no caso de a pessoa casada se achar separada de fato". II - No caso, certa a união estável, o que forra Apelante da proteção previdenciária por sua qualidade de dependente presumida, como se casada fosse, também certo, como é da abundante prova documental, que o ex - servidor, mesmo por todo o tempo separado de fato, nunca deixou de prover o sustento da ex-esposa, por isso também dele dependia economicamente. Possível repartir igualmente o benefício. Apelo parcialmente provido. Unânime.

Na seara protetiva, uma companheira (o) é pessoa que possui animus de convivência com o segurado e nesta ementa relata que o falecido marido possuía um relacionamento não eventual fora do casamento que configurava o concubinato, porém o impedimento

matrimonial, não obsta a União Estável, neste caso de a pessoa casada se achar separada de fato. Como o ex-servidor (falecido) mesmo separado de fato, nunca deixou de prover o sustento da ex-esposa, portanto também dele dependia economicamente, foi possível repartir igualmente o benefício.

Através da análise específica do dispositivo, há como concluir-se que o legislador ordinário privilegiou a visão estrita da união estável, adotada pelo constituinte, que, apesar de conservadora, é prevista na Constituição. O aludido dispositivo constitucional prega 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 para casamento, contrariando, portanto, não haveria união estável. Essa é a interpretação dada pela Lei nº 8.213/1991.

Em razão da previsão constitucional, há dúvidas de todo tipo quanto à possibilidade de concubinas terem direito a pensão por morte ou auxílio reclusão. Ou seja, pessoas com impedimento a casamento poderiam postular.

Ainda que a lei nº 8.213/1991 faça, expressamente, remissão a Constituição brasileira que tem, dentre seus objetivos, (o artigo 3º, inc. IV), promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Da mesma forma, o direito à vida é assegurado (art. 5º, caput), o que não se limita à vida física, mas uma vida digna, ou seja, na qual a pessoa possa exercitar seus projetos de vida e, também, engajar-se em relações afetivas que visam seu bem-estar.

Apesar do exposto, o tema é ainda tenebroso, pois de acordo com o art. 226, §3º, da Constituição, o reconhecimento para a união estável seria necessariamente visando o casamento. Se há impedimento ao matrimônio, seria pela impossibilidade de união estável de segurado ainda casado.

Porém a interpretação é mais abrangente, o fato de uma união entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, também não se subsumir ao disposto no art. 226, § 3º, da Constituição, não tem impedido seu reconhecimento, não para fins de casamento, pois não é do que se trata aqui, mas sim para prestações previdenciárias.

Atualmente, a condição de dependente do companheiro ou companheira homossexual não gera controvérsia no âmbito do INSS. A autarquia adequou seu entendimento a decisão proferida em Ação Civil Pública sobre o tema, conforme consta da IN 45/2010:

Art. 25. Por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada

a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela MP nº 2.187-13, de 2001.

Evidente que o conceito de união estável às uniões homoafetivas, a autarquia interpretou de forma coerente a Constituição Federal, visando à efetividade dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Observa-se que a Previdência Social é uma espécie de técnica protetiva contra os riscos sociais, além de estar inserida no Sistema da Seguridade Social (art. 194 da Constituição Federal/ 88), ela também tem previsão legal no artigo 6º da Constituição Federal reconhecida como uma espécie de Direito Social, pois protege os necessitados.

Nesta evolução, há de frisar, a superação da visão que subordina a dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais, estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão estatal.

De fato, desde o conhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida comum diversas da tradicional família legítima, até a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, o regime político da família, hoje vigente operou uma ruptura com o paradigma institucional antes prevalente.

A seguir será abordado o tema sobre as novas relações sociais e os efeitos jurídicos, na previdência social, a partir do reconhecimento das novas famílias no direito brasileiro das diversas formas de família.

3.1 Novas relações sociais: Novos arranjos plurais, concubinato e uniões homoafetivas

Houve uma verdadeira reformulação na família, o modelo tradicional de família perdeu espaço para o aparecimento de uma “Nova Família”, existe uma dissociação entre reprodução, sexualidade e conjugalidade, influenciada pelas transformações políticas sociais, culturais e econômicas sofridas pela sociedade moderna (CAMPOS, 1993, p. 22).

O resultado mais importante desta transformação familiar, entre reprodução e sexualidade, reside no fato da construção de práticas e representações sociais nas quais a função primordial da conjugalidade deixa de ser o asseguramento da reprodução da espécie humana. Como função primordial da família deve-se apontar para além da sobrevivência material, mas sim a sobrevivência psíquica e afetiva dos membros seja na seara das famílias

de origem, seja no âmbito das famílias instituídas por adultos que volitiva e reciprocamente se escolhem como companheiros afetivos – sexuais (MELLO, 2005, p. 33).

Para além da família paterno-conjugal, formada pelo casal e seus filhos, existem diversas outras formas de arranjos familiares que serão, a seguir, citados.

O *concubinato ou união livre* designa a situação de vida em comum de casais não casados, formulando a maioria dos autores a ideia, de que a relação apresenta a aparência de casamento (OLIVEIRA, 1990, p. 75-85).

Também se entende como a união com diversidade de sexos com intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento. É livre ou informal porque não tem as peias da celebração oficial e dos regramentos estabelecidos na lei para pessoas casadas; em sentido amplo as situações de vida em comum, de pessoas desimpedidas “solteiras, separadas, divorciadas, viúvas”, como as uniões paralelas ao casamento ou adúlteras (OLIVEIRA, 2003, p. 73).

Como o casamento, o concubinato é uma união de vida entre homem e mulher, estando entre outros requisitos, a ausência de matrimônio, uma estabilidade prolongada, a notoriedade, onde as relações sexuais, não são preponderantes, se acrescentando a fidelidade e a dependência econômica (OLIVEIRA; 1990, 76-81).

Porém o Código Civil de 1916, não foi amistoso com o concubinato, sendo severa as regras com os (as) concubinas, o que se justifica pela ânsia de preservação da família constituída pelo casamento. A Constituição Federal de 1988 representou uma expressiva ruptura deste paradigma, e relatou que para a proteção estatal é reconhecida a união estável entre homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar, sua conversão ao casamento. Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF/88, art. 226, §§ 3º e 4º).

Através das transformações dos costumes a constituição deu uma nova dimensão há concepção de família, introduzindo, um termo generalizante: entidade familiar. E alargou o conceito de família, passando a proteger relacionamentos outros além dos constituídos pelo casamento; também emprestou juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei, colocando o concubinato sob o regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre homem e a mulher foram reconhecidos como entidade familiar, com o nome de união estável; a proteção também se estendeu aos vínculos monoparentais, formados, por um dos pais e seus filhos (DIAS, 2007, p. 156).

As famílias monoparentais constituem um exemplo de entidade familiar fora do contexto da conjugalidade. Seja oriunda de uma adoção singular, seja oriunda de uma

procriação medicamente assistida, seja originária de uma reprodução natural, sem reconhecimento do respectivo pai, ou originária do falecimento de um dos progenitores, a entidade constituída pelo filho com qualquer ou apenas um de seus pais, configura uma família, conforme prevê a CF/88 no artigo 226 § 4 (CHAVES, 2011, p. 98).

Outro conceito de família é a entidade formada por parentes que não são pais e filhos, que se pode chamar de família anaparental, por exemplo: a convivência duradora de dois irmãos que reúnem esforços para construção do patrimônio. Entende-se na doutrina brasileira que no caso de falecimento de um deles, é iníqua a solução de dividir o patrimônio igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária (DIAS, 2007, p. 47).

Também não se pode olvidar da questão dos relacionamentos paralelos, quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis. Tal significaria fechar os olhos à realidade e cometer muitas injustiças, e o judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto. Havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível é a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas uniões⁵.

Essa compreensão se convalida, ainda, quando se trata de partilha após a morte do varão casado, quando, em caso de prova exuberante de que o mesmo tenha convivido por mais de 20 anos com a parceira, com publicidade e concomitância, com a vida de casado, de que não abdicará; eis que deixar a companheira ao desabrigo, seria acolher um enriquecimento ilícito⁶.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça entende diferente, a teor da jurisprudência da corte, a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como quando a pessoa é casada, mas não separada de fato ou judicialmente. obsta a constituição de união estável, pois os efeitos decorrentes do concubinato alicerçado em impedimento matrimonial não podem prevalecer frente aos do casamento pré e coexistente.

Destarte, segundo o Superior Tribunal de Justiça, mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, no posterior relacionamento com outra, sem que haja desvinculado da primeira com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar a união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. Pois se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugais e de concubinato, impõem-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido. Os alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina inexistem, sob o

⁵ TJRS, Sétima Câmara Cível. APC 70016969552, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 06.12.06.

⁶ TJRS, Oitava Comarca Cível. EI 70017709262, rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 09.03.07.

prisma do direito de família. Não há possibilidade, portanto, de ser conferido estado de união estável à relação concubinária concomitante ao casamento válido⁷.

Outro exemplo de entidade familiar é a família mosaica, pluriparental ou reconstituída, que resulta da multiplicidade das relações parentais oriundas das desuniões do divórcio, da separação, da reconstituição da vida afetiva, por meio do casamento ou relações para matrimoniais. A especificidade desse modelo familiar origina-se na peculiar estrutura do núcleo, formado por pares onde um ou ambos tiveram uniões ou casamentos anteriores. Observando uma nova entidade familiar, sua prole e não raras vezes tem filhos em comum. (DIAS, 2007, p. 47).

Quando às Uniões Homoafetivas, a *Lex fundamentalis* de 1988 foi enfática ao proibir discriminações de qualquer natureza. Todavia, acabou por proteger apenas a entidade familiar formada por mulher e homem, desconsiderando a compreensão de que a heterossexualidade não é a única forma de expressão do sentimento humano. A mesma linha de raciocínio foi seguida pelo código Civil, como bem explicita Maria Berenice Dias: “o não reconhecimento legal dessas uniões e a falta de atribuição de direitos, constituem certamente, cerceamento da liberdade e uma das formas em que a opressão pode-se revelar” (DIAS, 2008, p. 14).

O Decreto nº 6.384/2008, dando nova redação ao art. 16, § 6º, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, passa a rezar que considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do C. Civil. A remissão do Código Civil passa a impressão de uma tentativa do Poder Executivo em buscar a visão tipicamente civilista da união estável ao direito previdenciário, o que seria um absurdo devido ao temperamento necessário das normas sociais, especialmente quando tratam da garantia do mínimo existencial.

Em precedente mais recente o STF, desta vez tratando de pensionista do RGPS, a Corte manteve seu entendimento, ao afirmar que apesar de o Código Civil versar a união estável como núcleo familiar, excepciona a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da União, sendo que se um deles é casado, esse estado civil apenas deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato.

Tais precedentes são particularmente conflitantes com a recente decisão, por unanimidade, em favor das uniões homoafetivas, as quais, também, não se subsomem a uma

⁷ STJ, Terceira Turma, Resp. 931.155-RS, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 20.08.07.

interpretação estritamente literal do conceito de família na Constituição. Sem embargos, em respeito à intimidade e à vida privada de cada um, a questão foi superada.

Para fins estritamente previdenciários, pouco importa se a união estável visa o casamento e o concubinato não, se a união é de boa ou de má-fé, se o casal possui o mesmo sexo ou não, e mesmo se não se tratasse de concubinato, mas de união estável, não notória, devido o pudor das partes envolvidas, ainda há proteção social, pois não se subsume a uma concepção ideal de vida e família; não visa impor projetos de vida ou condutas dentro da moral dominante; da mesma forma, não se trata de cancelar uniões heterodoxas ou contrárias à moral dominante, mas sim assegurar os meios mínimos de vida aos segurados e seus dependentes econômicos.

A aplicação correta do direito previdenciário não implica uma ampliação dos direitos previdenciários, mas sim uma adequação à sua finalidade protetiva, afastada de qualquer tipo de moralidade dominante. Como foi o caso da aceitação da União Homoafetiva. Trata-se de aplicar o benefício de acordo com o bem estar e a justiça social, conforme previsto na Constituição de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender as transformações sociais em termos de modelos de família, é importante que se observem as mudanças culturais ocorridas nos últimos períodos, caracterizadas por uma maior independência das estruturas religiosas, políticas e familiares.

Portanto, o intuito desta pesquisa foi abordar os novos condicionamentos familiares e os Direitos Previdenciários, envolvendo famílias plurais, entre estas, uniões homoafetivas e o concubinato no Brasil. Hoje, diante da diversidade cultural, principalmente em termos de família, a sociedade é convidada a vivenciar uma pluralidade de identidades e a conviver com novas formas de agrupamentos familiares.

O multiculturalismo contribui com estes debates, buscando ampliar o acesso aos direitos humanos das minorias e pode-se afirmar que a sociedade multicultural tem aberto espaço, inclusive jurídico, para a liberdade de expressão da orientação do desejo sexual. Desta forma, as novas estruturas familiares, compostas por casais homossexuais, encontram-se alicerçadas na diversidade e nas diferenças dentro da realidade social e jurídica, abrangendo, inclusive questões previdenciárias.

Assim, constata-se que a legislação previdenciária sofreu mudança clara, percebendo-se a intenção do Estado de acompanhar os fatos sociais em curso, oferecendo um

procedimento que consiga dar conta da complexidade social e o garantir acesso a Direitos Fundamentais para todas as pessoas, independente de sua orientação sexual. Este aspecto tem sido muito positivo no Brasil, embora muito ainda falte para que a cultura do respeito à diversidade seja efetivado no convívio social.

Importa destacar que admitir a existência de comunidades familiares é respeitar os valores constitucionais da democracia, do estado democrático de direito e a eficácia dos direitos fundamentais.

Considerando os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, conclui-se que o direito previdenciário necessita adequar-se à sua finalidade protetiva, afastado de qualquer tipo de moralidade dominante. Este entendimento inclusive abriu espaço para a caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União homoafetiva - Contratos garantem direitos de homossexuais. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de abril de 2004.

BOLZAN DE MORAES, José Luiz. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7.ed. São Paulo: LTR, 2006.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo : Método, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O preconceito & a justiça**. 2 ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

EVANGELISTA, Deborá Cristina Thomaz. **Direito da Mulher: Desafios Contemporâneos**. Santa Maria: Biblos, 2012.

FILIPPO, Filipe de. Os princípios e objetivos da Seguridade Social, à luz da Constituição Federal. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2012>. Acesso em 13 nov 2013.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **O corpo**. Filosofia e educação. São Paulo: Ática, 2007.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Social: O poder das relações humanas**. São Paulo, Ed. Campus, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambinette. **A Previdência Social no Estado Contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **A previdência Social e o Estado Contemporâneo: Fundamentos e Regulação**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SILVA, Ivete Sacramento de Almeida. A sentença declaratória de união estável como prova plena da condição de dependente perante a previdência social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3479, 9 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23422>>. Acesso em: 27 out. 2013.

SOUZA, Francisco Loyola; LOPES, José Reinaldo de Lima; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp. **A Justiça e o Direito de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

SOUZA, Ivone Coelho D. **Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações**. Homossexualismo: Discussões Jurídicas e psicológica. Curitiba: Juruá, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Luen Juris, 2002.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. Princípios da seguridade social. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11219&revista_caderno=20>. Acesso em 14 nov 2013.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e Diferentes. Poderemos viver juntos?**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje.** Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.