

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO, UM REDIMENSIONAMENTO NECESSÁRIO PARA A INSERÇÃO DAS NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS NA FAMÍLIA¹

Noli Bernardo Hahn²
Simone Avila de Matos³
Júlia Francieli Neves de Oliveira⁴

RESUMO: Através do presente trabalho visa-se compreender as transformações sociais em termos de família, ao observar a realidade social e jurídica, em virtude dos direitos sociais, como a seguridade, enquadrados no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais. As uniões homoafetivas, o concubinato e as famílias 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 CHAVES: Família; Identidade; Previdência social; Relações sociais.

ABSTRACT: Through this work, we aim to understand the social transformations in terms of family, observing the social and legal reality, because of social rights, such as security, classified in chapter Fundamental Rights and Guarantees. 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

¹ Trabalho vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo – RS, em pesquisas realizadas através do projeto PROCAD/CAPES/Casadinho - UNISINOS e URI: *Cidadania e Direitos Culturais: a proteção dos direitos de minorias nos tribunais brasileiros*, reproduzindo, parcialmente, o referencial teórico dos projetos de dissertação das autoras, com a orientação do prof. Dr. Noli Bernardo Hahn, no tocante aos temas de identidade e de construção da cidadania.

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. E-mail: nolihahn@santoangelo.uri.br

³ Professora. Juíza Arbitral e Mediadora. Bacharela em Direito e Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – *Campus* de Santo Ângelo. Mestranda em Direito pela URI – *Campus* de Santo Ângelo. Bolsista CAPES/PROSUP. Integrante do Projeto de Pesquisa *Novas famílias, correntes feministas, abordagens de gênero e novos direitos: vínculos teóricos e metodológicos* - coordenado pelo Dr. Noli Bernardo Hahn, projeto deste Programa. E-mail: simoneadematos@gmail.com

⁴ 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. E-mail: julianeves15@hotmail.com

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: Family; Identity; Social Security; Social relations.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para compreender as transformações sociais em termos de família, observam-se as mudanças culturais, onde as pessoas, no geral, receberam educação que as tornaram mais independentes de estruturas religiosas, políticas e familiares. Hoje o mundo impulsiona a sociedade a pensar diferenças e pluralidades, principalmente em termos de família.

Desta forma, o direito, especialmente o de família, tem sofrido grandes transformações, nos últimos tempos. Nunca se mudou tanto em tão pouco tempo, e a legislação brasileira tenta acompanhar estas mudanças. 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.

O porquê destas mudanças instiga-nos a refletir sobre o momento histórico em que estamos inseridos: globalização, sociedade do hiperconsumo, e ainda o desenvolvimento científico que foi uma das características marcantes dos últimos cem anos, e com repercussões em todos os setores sociais; há uma multiplicação do conhecimento, em parte devido à explosiva teoria da informação. Embora o progresso das ciências naturais tenha enfrentado o temor e a desconfiança, pois não se descortinam os limites a que pode chegar, nem as graves consequências que algumas descobertas almejam.

Afirma-se que a família é a mais antiga de todas as sociedades, sendo o primeiro modelo de sociedade política, onde o chefe é a imagem do pai. A verdade é que a estrutura patriarcal está se transformando. Há uma ruptura estrutural na qual o lugar do homem, enquanto provedor e pai, tem sido questionado a partir da sua suposta superioridade.

Porém, com os movimentos sociais e com reflexos na ordem jurídica enunciou-se a igualdade dos gêneros. Quando se fala em igualdade estabelecida

em lei, nos remete-se, também, ao tema da diferença. Parece haver uma confusão ou uma transfusão no limite dessa igualdade. E o direito tem absorvido isso.

A transformação da estrutura familiar milenar incita-nos a refletir suas consequências no mundo jurídico, que já se fazem presentes no Direito de família, que tem legislado as consequências das relações estruturais sobre o empírico e não sobre a estrutura.

O objetivo desta pesquisa é compreender o reconhecimento das formas de família no ordenamento jurídico brasileiro, pensar e repensar o conceito de família enquanto estrutura, compreendendo os lugares estruturantes para os seus membros, analisando as consequências e os reflexos jurídicos destas mudanças no direito de família, a partir das transformações dos relacionamentos afetivos.

O avanço do direito em relação a esses conceitos tem-se dado mais pela pressão da sociedade ao transformar a cultura. A literatura costuma prospectar diferentes formas de família ao identificá-las no curso dos tempos.

A pesquisa é oportuna por delinear algumas notas sobre o processo de reconhecimento do indivíduo, visando contribuir para uma maior compreensão das mudanças de paradigma. Analisam-se também os reflexos jurídicos destas mudanças da estrutura familiar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002 e no Direito previdenciário, abrangendo as novas relações sociais. Influenciados através da mudança social que vai de encontro a uma mudança cultural, com enfoque em uma vivência baseada na afetividade.

Este trabalho é resultado de pesquisas bibliográficas e respeitando as características próprias de um trabalho de pesquisa essencialmente doutrinário e monográfico, se utiliza do método dedutivo – pois este modo de raciocínio explica determinados fatos a partir de uma visão global – e do método histórico – em razão da relevância da análise dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos no tempo.

1. A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE

No processo de construção da identidade, motivado pela cultura, a modernidade contribuiu para a descoberta do indivíduo. As ideias liberais motivaram o surgimento da individualidade e a emancipação do indivíduo, isto é, de que o indivíduo pode imprimir sua liberdade em relação a um coletivo, rompendo com uma tradição milenar: Deus e o cosmos não são mais o centro, mas sim o indivíduo. Na história antiga e na história medieval, a tradição visava que o todo sempre se

sobrepunha à parte. Esta compreensão mudou com a ótica liberal moderna. O centro, aos poucos, torna-se o homem-indivíduo com direitos que protegem a parte em relação ao todo. (GHIRALDELLI, 2007, p. 27-40)

Esclarece Charles Taylor que a política do reconhecimento é uma suposta relação entre reconhecimento e identidade, ou seja, suas características podem ajudar a definir em grande parte o ser humano.

A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. (TAYLOR, 1994, p. 45)

Portanto, o não reconhecimento ou reconhecimento incorreto, acaba por limitar o ser humano de forma negativa, reduzindo-o ou distorcendo sua imagem. Através da identidade individual o reconhecimento foi-se aumentando e modificando. A partir do séc. XVIII as pessoas são dotados de um sentido moral, do bem e do mal, enraizado nos sentimentos, que diziam respeito à recompensa e aos castigos divinos (TAYLOR, 1994, p. 48).

Através da mudança na ênfase moral dos seres humanos, surge à noção de autenticidade, que ocorre quando a atenção que se dá aos próprios sentimentos assume uma importância moral independente e essencial, como uma nova forma de introspecção, passamos a nos ver como sujeitos dotados de uma profundidade interior (TAYLOR, 1994, P. 49).

A descoberta do indivíduo na modernidade estabelece uma nova compreensão ético-moral. A moral essencialista é superada e concebe-se uma moral guiada pela razão individual. Isto é, há um descobrimento da subjetividade e da racionalidade individual. A partir desta descoberta, em oposição à ética de princípios, a moral subjetivista começa a ser o centro da nova perspectiva moral. Esta ótica afirma a autonomia e a liberdade dos indivíduos frente à civilização e as suas tradições (GHIRALDELLI, 2007, p. 27-40).

O reconhecimento do indivíduo ocorre no plano pessoal e no plano social. No plano pessoal, o reconhecimento encontra-se embasado em fatores culturais, construídos a partir da diferença diante do outro, em que as pessoas encontram-se reconhecidas pelas suas identidades individuais. No plano social, que abrange as

sociedades arcaicas até as mais recentes, há um reconhecimento igualitário de uma identidade social (MORIN, 2000, p. 162).

Neste contexto, de definição da identidade e seu reconhecimento, ao analisar a construção da identidade em um contexto histórico e cultural nas relações de gênero, ou seja, nas relações entre homens e mulheres, percebe-se que foram firmadas ao longo dos tempos, configurando-se como construções culturais de identidades masculinas e femininas, envolvendo, para tanto, relações de poder, o que resultou na opressão e submissão das mulheres e na naturalização dessas relações, fazendo com que o reconhecimento das mulheres na sociedade seja um reconhecimento equivocado (WOLF, 1994, p. 96-98).

Esclarece Bourdieu que a dominação masculina pode ser compreendida como tendo sustentação em uma divisão arbitrária entre homens e mulheres. Esta divisão é concebida através de oposições binárias, que classificam uns e outros segundo adjetivos opostos, sendo reservados os positivos a homens e os negativos a mulheres (BOURDIEU, 2002, p. 19). E esta maneira de se classificar é o princípio de um trabalho de construção social dos corpos, que visa tornar verdadeira a divisão arbitrária que o próprio esquema de pensamento dominante formula.

Esses esquemas de pensamento, de aplicação universal, registram como que diferenças de natureza, inscritos na objetividade, das variações e dos traços distintivos (por exemplo, em matéria corporal) que eles contribuem para fazer existir, ao mesmo tempo em que as naturalizam, inscrevendo-as em um sistema de diferenças, todas igualmente naturais em aparência; de modo que as previsões que eles engendram são incessantemente confirmadas pelo curso do mundo, sobretudo por todos os ciclos biológicos e cósmicos (BOURDIEU, 2002, p. 16).

Ao ampliar sua reflexão, ele menciona que há duas operações imprescindíveis nesta socio-dicéia masculina: “ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela uma própria construção social naturalizada” (BOURDIEU, 2002, p. 33), nos dizeres de Hahn, há um processo de condicionamento:

O mundo no qual estamos nos condiciona. Esse mundo nada mais é do que invenção e criação humana. Ele é fruto da inteligência praxica, simbólico-abstrata, representacional e memorial que apenas os humanos dispõem. Tal mundo, que é um mundo-de-sentido - por isso humano - com seus significados e significantes, recebe o nome de cultura. Esta, a cultura, é resultado de duas habilidades que os humanos desenvolvem: habilidade

para construir (Homo faber) e a habilidade para usar linguagens (Homo loquens).

[...]

As identidades culturais singulares de indivíduos e coletividades se formam nessa dinamicidade e assim devem ser compreendidas. Toda identidade é condicionada em e a partir de condições e de condicionantes contextuais, porém os contextos não são fragmentos desconectados de uma memória coletiva histórica que, até, pode mostrar-se, por vezes, fragmentada (HAHN, 2007, 129).

Através da história da noção de sujeito moderno, a ideia de identidade se transformou. As identidades eram plenamente unificadas e coerentes com uma racionalidade centrada e atualmente há espaços, a partir de uma racionalidade descentrada, para uma multiplicidade de identidades. Estas transformações sublinham o surgimento de um momento particular do sujeito, surgindo uma forma nova e decisiva de individualidade, onde há uma nova forma de compreensão do sujeito – individual – e de sua identidade (HALL, 2005, p. 24-25).

A partir do reconhecimento do indivíduo em sua multiplicidade e diversidade, uma das estruturas profundamente afetadas e transformadas foi e continua sendo a estrutura familiar (SCOTT, 2002, p. 25).

Por sua vez, a ideia de diversidade cultural está vinculada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, e, muitas vezes, também, pode ser encontrada na comunhão de contrários, na intersecção de diferenças, ou ainda, na tolerância mútua. A cultura é tanto agente da ordem, como da desordem, porque ela trabalha tanto para preservar os padrões, como para substituí-los por outro padrão, e assim seguem as mudanças sociais (BAUMAN, 2012, p. 24).

A razão individual torna-se, portanto, o critério para decidir sobre o certo e o errado. Cada indivíduo deve escolher o que é melhor para si e para a sociedade, sendo esta postura e este novo entendimento decisivos para as transformações de estruturas e para as mudanças culturais que se desencadearam em fins do período medieval e não pararam mais. E, onde uma das estruturas afetadas e transformadas, com o descobrimento da razão individual e sua conseqüente história, foi e continua sendo a estrutura familiar.

Diante do reconhecimento da identidade e do reconhecimento das pessoas em seus diferentes grupos culturais, bem como a evolução cultural identitária, tanto no âmbito social como também no pessoal, o local onde as diferenças estão bastante à mostra no cotidiano é no ambiente familiar. Desta forma, as transformações sociais associadas às mudanças culturais – que geraram crises na

estrutura patriarcal inerente às estruturas que compõem as sociedades contemporâneas ocorridas na modernidade, libertaram o indivíduo das suas tradições e conseqüentemente ocorrem transformações no ordenamento jurídico brasileiro, tema que será analisado a seguir.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FERERATIVA 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.

As injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista reivindicam o reconhecimento para identidades coletivas ou igualdade de direitos para cada forma de cultura. “Feministas, minorias em sociedades multiculturais, povos que anseiam por independência nacional, todos estes agentes sociais lutam em favor de reivindicações” (HABERMAS, 2002, p. 239).

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 o aparecimento de uma nova sociedade mais justa, e os direitos fundamentais, expressos no artigo 5º, que apresentam a interdição de toda e qualquer forma de discriminação ou preconceito. “Consagrando a isonomia e possuindo como base a dignidade da pessoa humana”. 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 (CHAVES, 2011, p. 91).

As conquistas políticas do liberalismo e da socialdemocracia, decorrentes do movimento emancipatório burguês e do movimento de trabalhadores europeus, tiveram por objetivo suplantar a privação de direitos de grupos desprivilegiados. Contudo, foi empreendida o reformismo socioliberal, o cidadão viu-se capaz de agir através da luta social contra a opressão de grupos que se viram excluídos do meio

social, solidificou-se através da luta pela universalização socioestatal dos direitos do cidadão (HABERMAS, 2002, p. 238).

“Após a bancarrota do socialismo de Estado restou a perspectiva por meio da promoção do status do trabalho assalariado dependente, alcançado com o acréscimo de direitos de compartilhamento e participação política” (HABERMAS, 2002, p. 239), objetivando melhores expectativas de vida para a população, através da segurança, justiça social e bem-estar.

O reconhecimento de formas de vida da transformação familiar visa o cerne individualista da compreensão moderna de liberdade. 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 dignidade (...) (DIAS, 1999, p. 5).

O Direito das famílias foi incorporado pela Carta Magna brasileira de 1988, repleta 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, estão atendidos de melhor forma e, como consequência, mais sólidos para se tornarem mais eficientes. 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 formas familiares, 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 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).

Veja Ementa, do Agravo de Instrumento Nº 70052820420, da Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em (09/01/2013):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Para que seja deferida a antecipação de tutela, em ação declaratória de união estável, é imprescindível prova cabal da existência de uma entidade familiar. Ausente à prova suficiente, na hipótese, descabe deferir, em cognição sumária, o deferimento do direito real de habitação. RECURSO PROVIDO”.

Com base nessa ementa, nota-se que nem todas as entidades familiares foram identificadas no sistema jurídico, mas a proteção constitucional abrange todos os modelos de família, inclusive as famílias homoafetivas. 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 clausula 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 uma 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, mas, 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 modelo ideal de família, a forma de convivência ideal é a aquela determinada família que conseguiu construir, de acordo com as suas necessidades. “O novo modelo de família, funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, 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. Em que o Estado deve ser tão somente garantir a possibilidade de uma convivência familiar, mas não deve intervir na liberdade dos indivíduos de administrar o sentido de sua vida, o do seu afeto, o de construir o seu modelo ideal de família (FACHIN, 2003, p. 49-50). Nesse sentido Fachin relata que a afetividade assumiu dimensão jurídica.

3. A INSERÇÃO DAS NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS NA FAMÍLIA

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 severas 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 à 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 uniões (TJRS, Sétima Câmara Cível. APC 70016969552, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 06.12.06).

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 ilícito (TJRS, Oitava Comarca Cível. EI 70017709262, rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 09.03.07).

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, o 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, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina inexistem, sob o prisma do direito de família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pela concubina. Não havendo, portanto, como ser conferido estado de união estável à relação concubinária concomitante ao casamento válido (STJ, Terceira Turma, Resp. 931.155-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.08.07).

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 considerar 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 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 na constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002 e no direito Previdenciário, 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 brasileira 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 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, afastando qualquer tipo de moralidade dominante sendo inegável a pluralidade de formas de vida amorosa.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. **“A Nova família”, em Direitos de Família e do menor/** Salvio de Figueiredo Teixeira (coord.). 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2003.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: O preconceito & a justiça (2006), cit., p. 71; SEREJO. Lorival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

DIAS, Maria Berenice. A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da justiça. In **Escritos de direito das famílias: Uma perspectiva luso-brasileira**. DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte. (Coords). Porto Alegre: Magister, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo, em a família além dos mitos**. Eliene Freire Bastos; Maria Berenice Dias (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

HAAL, Stuart. **Identidade cultural na pós-modernidade**. 7. ed., São Paulo: DP&A Editora, 2005.

HAHN, Noli Bernardo. Violência: construção cultural. In: **Revista Direitos Culturais – revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado URI**. Santo Ângelo: EDIURI, jun. 2007, v.1, n.2, p. 127-138.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de família**. São Paulo: RT, 1994.

MELLO, Luiz. **Novas Famílias: Conjugalidade Homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MORIN, Edgar. **Sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartini Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris Editor, 1990.

OLIVEIRA. Euclides. **União estável**. Do concubinato ao casamento. 6ª ed. São Paulo: Método, 2003.

SCOTT, Joan Walach. **A cidadã paradoxal: as feministas francesas e os direitos do homem**. Florianópolis: Mulheres, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

WOLF, Susan. Comentários. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.