

# Função social da família e jurisprudência brasileira

**GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA**

Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ.  
Professor Permanente da Universidade Gama Filho.  
Doutor em Direito. Juiz Federal no Rio de Janeiro. Associado ao IBDFAM.

1. Transformações do direito de família no século XX; 2. Função social da família; 3. Reconhecimento de efeitos à união estável e à separação de fato: um exemplo de aplicação da função social da família; 4. Jurisprudência brasileira; 5. Conclusão.

## 1 Transformações do direito de família no século XX

“As transformações operadas neste século teriam sido maiores e mais avançadas de que em dois milênios de civilização romano-cristã”. Tal afirmação, precedida de advertência do autor sobre sua possível ousadia, bem demonstra as transformações por que o Direito de Família passou no século passado. A família não está dissociada dos fatores exógenos que a cercam, recepcionando acontecimentos e fenômenos que, num primeiro momento, não se relacionariam ao contexto familiar. Sabe-se, na atualidade, que um enfoque exclusivamente jurídico sobre temas de Direito de Família certamente representa visão estreita e falha sobre as famílias no Direito, devido à importância do contexto social, cultural, moral, religioso e econômico no âmbito das relações familiares.

O Código Civil de 1916, representante de uma sociedade fundiária, patriarcal, hierarquizada e fortemente marcada pelo cristianismo ainda que sob o argumento formal da laicização do Direito desde o final do século XIX -, reconhecia apenas a família fundada no casamento, o qual era tido como célula fundamental da sociedade, a ser protegido e enaltecido pelo ordenamento jurídico como instituição independente das pessoas que o integravam.

A importância conferida ao matrimônio era tanta, que ele chegava próximo de ser personalizado ao receber, de acordo com disposto no art. 222 do Código Civil revogado, um curador para “defendê-lo” no caso de pleito de declaração de sua nulidade.

Dessa visão decorria a sua indissolubilidade, a aversão aos filhos ilegítimos em especial os “incestuosos” e os “adulterinos” - e a condenação do concubinato (puro) hoje conhecido como “união estável”. Tida como verdadeiro fim em si mesmo, a família matrimonializada era tratada de forma rígida, submetida ao controle absoluto do varão, com a submissão total da mulher e dos filhos através de determinados poderes jurídicos, como os antigos poder marital e pátrio poder. Na realidade, em observância à concepção da família instituição do Código francês de 1804 -, o homem representava, na família por ele chefiada, o Imperador do Estado francês no simbolismo concebido por Napoleão.

Entretanto, com as mudanças sociais advindas no decorrer do século XX, tal visão estaria fadada a mudar. A longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, tudo isso atingiu fortemente a configuração familiar. Ademais, a urbanização e a industrialização, mudando a base produtiva da sociedade, também afetaria o Direito de Família, já que o poder empresarial, ao contrário da propriedade fundiária, não é ligado à organização familiar.

O divórcio (introduzido pela Lei nº 6.515/77 que foi editado após a aprovação de Emenda Constitucional nº09/77), com o rompimento não apenas da sociedade, mas do próprio vínculo conjugal, fez ruir o dogma da indissolubilidade do matrimônio. O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) emancipou a esposa mulher casada , dando início à sua libertação, muito embora a sociedade conjugal não tenha deixado de ser tendencialmente patriarcal, cabendo ainda ao marido a sua chefia. No plano internacional, reconheceram-se os interesses da Criança e do Adolescente, transformando-se o filho em sujeito ativo da família, conferindo-se a ele voz e interesses próprios, conforme expresso na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959:

“ a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral,

espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

Balançava, assim, o pedestal da “família tradicional”. Novos tempos trouxeram novas famílias e valores que passaram a fundamentá-las.

O ponto culminante de todas essas transformações, no caso brasileiro, foi a Constituição de 1988, cujos valores solidaristas e igualitários sedimentaram a nova face do Direito de Família. O art. 226, caput, do texto constitucional, ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, reconhece a importância do organismo familiar para a formação e manutenção da sociedade, sendo que o modelo unitário da família matrimonial (art.175, da Constituição de 1967, na redação da Emenda nº 01/69) foi ampliado para vários (plurais) modelos de família que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente. Sem família não há sociedade, daí a especial proteção que o Estado deve dar à famílias, não mais consideradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que o integram, independentemente do modelo escolhido ou existente.

De fim em si mesmo, do qual não se questionava as razões de ser, a entidade familiar passou a ser meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros. Nas palavras de João Baptista Villela, que bem resume essa mudança:

É o que Burgess e Locke caracterizam como sendo um movimento from institution to companionship, expressão que, de resto, dá, em parte, nome a um vasto livro que escreveram. Hoje, ao contrário do que foi no passado, a família expressa, por assim dizer, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja. Ora, onde reina o companheirismo e a camaradagem os vínculos de autoridade tendem ao afrouxamento.

As relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada integrante. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa dos organismos sociais e familiares -, que cumprem o seu papel maior.

Nessa nova conformação, o Direito de Família passa a ser guiado por novos princípios, como: a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB); b) o princípio da igualdade (art. 5º, caput e art. 226, §5º, CRFB); c) o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CRFB); d) o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB); e) o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º, CRFB); f) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, caput, CRFB); g) o dever de convivência familiar (art. 227, caput, CRFB); g) a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, caput, CRFB) e h) a isonomia entre os filhos (art. 227, §6º, CRFB).

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do grupamento familiar. A dignidade da pessoa humana, alçada ao topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, o que justifica a ordem constitucional no sentido de que o Estado dê especial e efetiva proteção à famílias, independentemente de sua espécie. Busca-se desenvolver o que é mais relevante entre as familiares: o projeto familiar fulcrado no afeto, solidariedade, confiança, respeito, colaboração, união, de modo a propiciar o pleno e melhor desenvolvimento da pessoa de cada integrante inclusive sob o prisma dos valores morais, éticos e sociais.

O princípio da igualdade marcou a democratização da entidade familiar, com o estabelecimento de uma chefia colegiada pelo casal e com o poder parental passando a ser exercido no interesse dos filhos. A idéia da igualdade em direitos e deveres entre os cônjuges decorre da encampação de valores democráticos e sociais e, por óbvio, se fundamenta na proibição de tratamento discriminatório em razão do sexo do partícipe da entidade familiar. E tal princípio da igualdade (material) não se aplica apenas ao casamento, abrangendo os companheiros nas suas relações pessoais e patrimoniais.

A solidariedade constitucional, no âmbito familiar, obriga os parentes a auxiliarem-se uns aos outros, não apenas materialmente através do dever de alimentos, mas também imaterialmente, através de cuidados físicos e morais, em especial em relação aos menores, aos incapazes e aos idosos (arts. 227, 229 e 230, CRFB). O solidarismo é valor característico dos tempos

contemporâneos e, por óbvio, as famílias representam as entidades mais capazes e adequadas para sua mais perfeita concretização com base na idéia de cooperação, auxílio moral e material recíproco.

O princípio da paternidade responsável se expressa através do direito ao planejamento familiar e da obrigação dos pais de respeitar, educar, criar e auxiliar material e imaterialmente os filhos. Como já foi registrado, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades ínsitas à sexualidade e à procriação, podem gerar uma nova pessoa humana cujos bem estar físico, psíquico, espiritual e vida devem ser priorizados em consonância com os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.

A pluralidade das entidades familiares extinguiu a exclusividade do casamento, reconhecendo-se constitucionalmente novos núcleos familiares (art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal). A partir de 1988, deve-se diferenciar o ato solene do matrimônio da formação de uma família de fato pela convivência longa e duradoura, fundada no afeto, o que permitiu a visualização de novas comunidades familiares como a união estável fundada no companheirismo, a família monoparental. O princípio da tutela especial à família obriga o Estado a protegê-la (art. 226, caput, do texto constitucional), o que se dá, por exemplo, através das normas de seguridade social e da busca da erradicação da pobreza (art. 3º, inciso III, da Constituição de 1988). Deve-se ressaltar, todavia, que essa proteção visa à pessoa concreta de cada um dos membros e não a uma abstrata “comunidade familiar”.

O dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, o qual assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, na qual o vínculo sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor a relações de consangüinidade. A família, a partir de agora, passa a ser um “núcleo sócio-afetivo que transcende a mera formalidade”.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente foi consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei nº8.069/90), uma das legislações mais avançadas do mundo, em substituição à doutrina do menor em situação irregular. Trata-se de reparar grave equívoco verificado na história da civilização em que o menor era tratado em plano inferior ao do adulto. Na qualidade de pessoas humanas em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado e mais protetor.

O princípio da isonomia entre os filhos proibiu definitivamente a utilização de designações discriminatórias, vedando qualquer distinção em razão da origem da filiação. A igualdade no campo do Direito Parental busca identificar os mesmos direitos relativamente às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, sendo irrelevante a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil por adoção, reprodução assistida heteróloga ou posse de estado de filho (art. 1593, do Código Civil de 2002) ou natural em razão do vínculo de sangue. Configurados os vínculos jurídicos de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou mãe têm, estritamente, os mesmos direitos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação.

Corolário de todas essas transformações e princípios foi o reconhecimento de que atualmente, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização moral e material de seus membros, em prol de toda a sociedade.

## **2 Função social da Família**

O Direito é um fenômeno social, cultural e histórico, sendo influenciado, como tanto, pelos valores e aspirações vigentes em um determinado momento espaço-temporal e pela experiência de vida daquele que o aplica.

Nem sempre, contudo, foi assim. A perspectiva clássica, marcada pelo positivismo e almejando “cientificar” o Direito sob uma pseudo-neutralidade ideológica, buscou dele afastar sua realidade humana, transformando-o numa exterioridade observável.

Para o positivismo, o Direito, como as demais ciências, deveria se fundar em juízos de fato, os quais visam a demonstrar a realidade, e não em juízos de valor, os quais representam uma tomada de posição diante da realidade. Houve clara cisão do discurso jurídico, com a compartimentação do conhecimento do Direito, dividido em duas partes estanques, à luz do positivismo: a) a parte ideológica, responsável pela “ciência das normas”; e b) a parte axiológica, com atribuição no campo

dos valores subjacentes e aqueles baseados pela ordem jurídica.

Os dois conceitos a serem enfatizados, dessa maneira, eram a neutralidade e a objetividade. A neutralidade dizia respeito a um afastamento completo entre o operador e seu objeto, de modo a que aquele não fosse influenciado por sua subjetividade, por sua história de vida, por sua vivência social. A objetividade dizia respeito à suposição da existência de regras de validade geral, independentemente do observador, as quais, uma vez descobertas, permitiriam a previsão racional do funcionamento do objeto. Do positivismo jurídico resultou a atitude descompromissada do jurista quanto ao objeto e limites de seu trabalho, já que o Direito era considerado uma ciência neutra e objetiva.

O resultado dessa visão foi o dogma da completude da lei, com a redução do processo de solução de conflitos a um procedimento silogístico de subsunção do fato à norma, sendo o juiz apenas a “boca da lei”, Luís Roberto BARROSO é quem bem sintetiza a visão clássica ora apontada:

Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; emprego da lógica formal; pretensão de completude; pureza científica; racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

A perspectiva clássica, no entanto, perdeu força após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota do nazi-fascismo, cujas barbaridades foram encobertas pela legalidade de um direito neutro e objetivo. Ascendeu, então, o pós-positivismo, o qual, visando a evitar as barbáries permitidas por um direito acrítico, buscou a inserção de valores éticos no Direito, reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. Toda e qualquer concepção do Direito que não deite raízes nas necessidades sociais, mostra-se inconsistente e insuficiente, por melhor que seja o engenho, o rigor lógico e o grau de abstração que alcance.

Percebeu-se, a partir do materialismo histórico de Marx e do inconsciente de Freud, que o Direito é produto da cultura, representando a visão de mundo de pessoas concretas, com uma determinada experiência de vida e em um determinado momento e espaço.

A neutralidade, tão almejada pelo positivismo, era impossível, porque pressupunha um observador sem história, sem memória, sem desejos, enfim, uma ficção. O possível e desejável era um intérprete ciente de sua inserção social, cuja atuação não consistiria na reprodução inconsciente da ordem vigente, podendo transformá-la.

A objetividade feneceu, pois o conhecimento não é uma foto estática da realidade, estando sujeito à interpretação, que veicula várias possibilidades a serem adotadas pelo sujeito. No Direito contemporâneo, as normas, os conceitos, as classificações, os institutos e as distinções somente podem ser concebidos e vistos como instrumentos úteis para a consecução de decisões e do convívio justos.

Tornou-se inquestionável, portanto, que o Direito é um sistema aberto de valores, materializando-se em princípios, que indicam uma direção a seguir, uma finalidade a alcançar. Todo instituto jurídico é criado com um determinado fim, com uma determinada função, a qual deve ser observada na sua aplicação, sob pena de se desvirtuá-lo.

Por sua vez, a sede por excelência desses princípios é a Constituição Federal, norma fundamental de organização do Estado, estabelecida pelo povo e representando seus anseios. Nela, encontram-se, por exemplo, a função social da propriedade, a qual, se não observada, permite a aplicação de uma série de sanções, como a desapropriação.

Além da Constituição, por vezes, a função social de um instituto também é mencionada expressamente pelo legislador infraconstitucional, como a função social do contrato, positivada no art. 421 do Código Civil, e a função social da empresa, positivada no art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/76, e no art. 47 da Lei 11.101/05.

Ressalve-se, todavia, que a existência da função social de um instituto independe de sua menção expressa em texto, seja constitucional ou legal. Partindo do pressuposto que o Direito é um produto cultural e fruto dos anseios de determinada sociedade, resulta, como óbvio, que todo instituto jurídico é criado e tem um determinado fim a cumprir.

Não é diferente com o Direito de Família. Os institutos desse segmento do Direito Civil são criados e devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o Constituinte para a família, de forma a bem entender sua normatização.

Nesse sentido, é fundamental se reconhecer que a Constituição Federal estabeleceu como tábua

axiológica, como norte de todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, conforme bem captado por GUSTAVO TEPEDINO:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Ao lado da dignidade da pessoa humana, há, ainda, outros princípios constitucionais relativos à família e que indicam a sua finalidade, como a igualdade, a solidariedade, a paternidade responsável, a pluralidade das entidades familiares, a tutela especial à família, o dever de convivência, a proteção integral da criança e do adolescente e a isonomia entre os filhos.

Tendo em vista esses princípios, resta claro que a família, atualmente, não pode mais ser vista como um fim em si mesmo; sendo, ao contrário, um instrumento, um locus privilegiado para o desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros. A idéia de “comunhão plena de vida”, atualmente positivada no art. 1.511, do Código Civil de 2002, ao menos no que tange às famílias jurídicas não fundadas no parentesco, como nas espécies do casamento e do companheirismo, é representativa do novo perfil concebido no que tange à autenticidade das relações familiares merecedoras de tutela e promoção pelo Direito de Família contemporâneo.

Lembre-se, em tempo, que a dignidade da pessoa humana não deve ser vista apenas sob o prisma da proteção do indivíduo, sob pena de se resultar num individualismo extremo. O ser humano, enquanto ser social, deve ser visto em seu aspecto individual, mas também em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração social. Como ressalta SERGIO GISCHKOW:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, que pela dominação prepotente, que pela permissividade irresponsável.

Assim, impõe-se, atualmente, um novo tratamento jurídico da família, tratamento esse que atenda aos anseios constitucionais sobre a comunidade familiar, a qual deve ser protegida na medida em que atenda a sua função social, ou seja, na medida em que seja capaz de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros.

### **3 Reconhecimento de efeitos à união estável e à separação de fato: um exemplo de aplicação da função social da família.**

O Código Civil de 1916, considerado ainda reminiscência do período oitocentista, possuía a intenção de conter em si todo o Direito Civil. Herdeiro do Código Napoleônico e da Escola da Exegese, o texto codificado trabalhava com as idéias de normas fechadas e soluções herméticas, cabendo ao juiz e à doutrina apenas buscar a intenção do legislador, infalível e onipresente.

Aos poucos, entretanto, o mito de que a lei escrita continha todo o Direito foi sendo questionado, percebendo-se a dissociação entre o direito codificado e as necessidades sociais.

O legislador frio, formalista, abstrato, onipotente e neutro viu-se impotente e dissociado da realidade da vida. O Código continha inevitáveis lacunas. O Direito revelava-se obra de interesses políticos e sociais, não sendo mero fruto de uma abstração racional. A lei codificada não possuía toda a força que a ela era conferida, reconhecendo-se a existência de um direito não oriundo exclusivamente do Estado, manifestado no cotidiano, na medida em que o sistema jurídico positivo entre em contato com a realidade social.

Vislumbrou-se a força criadora do direito contida no fato. Aquele, enquanto realidade cultural, recepciona a realidade, transformando-a e por ela sendo continuamente transformado. Existe uma contínua relação de osmose entre o fato e o direito, tornando-se o fato juridicamente relevante e, inversamente, tornando-se a relação de direito irrelevante ao cair em desuso.

Considerando-se o direito como um construído, há de se admitir que as normas oriundas do Estado não podem prever e abranger toda ampla gama de relações humanas. Dessa forma, há a possibilidade de configuração de relações sociais e sistemas não abrangidos pelo direito posto,

quebrando o monopólio do ordenamento estatal. Ao lado das relações de convivência propostas pelo Estado, surgem outras, contrárias a elas ou simplesmente não previstas.

Essas situações, por se manifestarem eventualmente como um litígio, acabam forçando a sua recepção pelo ordenamento. Veja-se, por exemplo, a sociedade de fato, o comportamento não tipificado em norma penal, a relação de trabalho de fato, separação de fato e a economia informal.

Nesse contexto, a função social dos institutos jurídicos exerce um papel essencial no reconhecimento de efeitos jurídicos a situações de fato, eis que estas tendem a ser valoradas na medida que demonstram a capacidade de, no cotidiano, exercer o mesmo papel destinado às situações de direito, ou seja, às situações regularmente constituídas.

Um bom exemplo é a união estável fundada no companheirismo. Inicialmente reprovada quando estabelecida com a presença de pessoas casadas (o chamado concubinato adulterino), ou simplesmente ignorada quando estabelecida entre pessoas desimpedidas, ela vagarosamente passou a ser reconhecida, por força das tensões sociais e conflitos gerados pelo divórcio entre o direito posto e a realidade.

Como primeira orientação protetiva, a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sob a égide do direito das obrigações, reconheceu, com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa, que a união estável e duradoura de homem e mulher poderia configurar uma sociedade de fato, impondo a divisão dos bens adquiridos a título oneroso fruto da colaboração mútua - na sua constância.

Outra solução também encontrada pela jurisprudência foi a chamada indenização por serviços prestados, forma encontrada, na prática, para a proteção da mulher. Esta, muitas vezes, por realizar apenas serviços domésticos, não conseguia provar uma efetiva contribuição financeira na aquisição patrimonial, vendo-se totalmente desamparada após anos de convivência em comum.

O próximo passo seria o ingresso da união estável no direito de família, concedendo-lhe uma série de proteções bem enumeradas por TEPEDINO, como por exemplo: a) a indenização por acidente de trabalho, desde que o falecido não fosse casado e tivesse incluído a companheira como beneficiária (Decreto Lei 7.036/44; Lei 6.367/75; Lei 8.213/91); b) o direito a benefícios previdenciários (Lei 4.297/63; Lei 6.194/74), chegando-se a admitir a sua repartição entre a “legítima” esposa e a companheira (Súmula 159 do TFR); c) o direito de se adotar o nome do companheiro, desde que após cinco anos de vida em comum e que nenhum deles mantivesse vínculo matrimonial válido (art. 57, §§ 2º e 3º da Lei 6.015/73, com a redação dada pela Lei 6.216/75); d) a possibilidade de o companheiro sobrevivente continuar a locação celebrada pelo de cujus (Lei 6.649/79, ao se referir àqueles que vivam sob a dependência econômica do locatário).

A última fase seria o expresse reconhecimento constitucional da família fundada na união estável, segundo a previsão do art. 226, §3º da Constituição de 1988, sedimentando-se a “família de fato” como realidade jurídica, merecedora de especial atenção e proteção por parte do Estado nas suas variadas funções (legislativa, executiva e judiciária).

Toda essa mudança de tratamento teve por base, indubitavelmente, a identidade de papéis exercidos faticamente pelo casamento e pela união estável baseada no companheirismo.

Efetivamente, como forma de constituição de família, o casamento apresenta uma função social de “de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades humanas”. Essa é a sua ratio, a finalidade que permeia todas as normas a ele relativas.

Assim, na medida em que a “união estável” também era capaz de criar um locus privilegiado de desenvolvimento dos companheiros e daqueles em seu entorno (filhos, outros parentes, amigos e até terceiros que negociem com os conviventes, muitas vezes os tendo como casados), surgiu a necessidade de aproximá-la no casamento, concedendo-lhes diversas proteções a ele relativas, de forma a se garantir, na prática, a proteção dessa comunidade capaz de atender à função social almejada pela Constituição à entidade familiar.

Situação assemelhada é a questão da separação de fato. Se o reconhecimento da união estável entre os companheiros partiu dos anseios sociais em detrimento do direito codificado, a partir do momento em que a família não mais a eles corresponde, descumprindo seu papel de meio para o desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros, deve o direito ceder aos fatos, desconsiderando-a, ainda que subsista formalmente.

Efetivamente, conforme se depreende da expressão “comunhão plena de vida”- já referida-, utilizada pelo legislador no art. 1.511 do Código Civil, o novo Direito de Família, funcionalizado, valoriza a affectio, a comunhão espiritual e de vida que deve existir entre os membros da família.

Se hoje se considera que “as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com

as pessoas” e que esse “ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e freqüentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente”, é forçoso reconhecer que a família não pode mais ser apenas valorada pelas solenidades do matrimônio.

A entidade familiar deve ser protegida pelo papel que faticamente exerce na sociedade, ou seja, por sua capacidade de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros, independentemente de solenidades e formalismos.

Dentro dessa nova concepção, impõe-se, como consectário lógico, a diferenciação do ato formal do casamento da realidade substancial da família nele fundada; a diferenciação da existência do casamento de sua constância.

O casamento formal existe a partir do momento em que a autoridade celebrante profere as palavras rituais previstas no art. 1.535 (ou a partir da declaração de vontade dos cônjuges, conforme uma segunda corrente), persistindo até que seja declarado o divórcio ou que um dos cônjuges faleça.

Já substancialmente, o casamento prevalece enquanto cumpre a sua função social, enquanto a família nele fundada serve ao desenvolvimento da personalidade de seus membros. O mesmo deverá ser considerado no que tange à família entre os companheiros.

Nesse contexto, não faz sentido se aplicarem as normas relativas ao casamento ao casal separado de fato, hipótese em que a união apenas formalmente subsiste, tendo materialmente desaparecido. A jurisprudência e a doutrina já vem reconhecendo a produção de vários efeitos (negativos) decorrentes da separação de fato, no que vêm, mais recentemente, acompanhados de legislação.

#### **4 Jurisprudência.**

No âmbito dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Gama Filho (UGF), encontram-se em andamento dois projetos de pesquisa relacionados à função social no Direito Civil brasileiro, tendo sido realizada etapa relativa à doutrina acerca da temática e, atualmente, vem se desenvolvendo análise de jurisprudência. De modo a sistematizar a pesquisa jurisprudencial realizada, estabeleceu-se que os dados colhidos se originam de julgados publicados nas Revista dos Tribunais e Revista Forense no período de 1985-2005. Registre-se que a etapa pertinente à jurisprudência ainda se encontra em curso, mas é possível desde já destacar alguns casos concretos que, na visão dos pesquisadores, se relacionam à noção da função social da família.

Objetiva-se, neste item, apenas enunciar alguns julgados que se inserem no contexto da funcionalização social da família, ainda que os julgadores não tenham se referido claramente à expressão “função social da família”.

a) Na Revista dos Tribunais nº 815, o Superior Tribunal de Justiça apreciou questão de relevo no âmbito da adoção, reformando acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba que havia negado a adoção “post mortem”.

Conforme consta do corpo do julgado, cuidava-se de hipótese relacionada à adoção póstuma, tal como prevista no art. 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), eis que a pessoa do pai requerente faleceu antes do início do procedimento para efetivar a adoção. Nos termos do voto do Relator, “seu marido, após inequívoca manifestação, faleceu sem realizar a formalização da adoção da criança. Dentre outras provas, juntou a certidão de batismo do menor e documentos que o esposo da recorrente entregara a um advogado, para que fosse ajuizada a ação de adoção”.

O caso concreto, pois, envolvia hipótese de casal que ainda não ajuizara o requerimento de adoção de criança, mas que já havia sido encaminhados os documentos dos requerentes para que um advogado pudesse propor a demanda relativa à adoção, além de haver certidão de batismo em que constou o nome do homem casado como pai da criança. Contudo, antes do ajuizamento do requerimento da adoção, houve o falecimento do homem, deixando viúva e a criança que ainda não havia sido adotada. Desse modo, a viúva ingressou com a demanda, requerendo que o falecido também fosse considerado adotante com base na noção de adoção póstuma.

Ao proceder à análise do caso, à luz do sistema jurídico brasileiro em matéria de adoção, o Ministro-Relator deu interpretação extensiva ao enunciado constante do art. 42, § 5º, do ECA, e, assim, considerou que a exigência do processo de adoção instaurado poderia ser substituída por documento que evidenciasse o propósito de adotar a criança, o que somente não se concretizou por fato alheio à vontade do adotante-varão. Assim, interpretou-se a expressão “inequívoca manifestação de propósito” como abrangendo o caso concreto, não sendo exigida necessariamente a instauração do procedimento.

O Relator observou, ainda, que o art. 42, § 5º, referido, tem “a finalidade social de atribuir eficácia jurídica a uma situação que perdurou tanto tempo” e, desse modo, na interpretação da regra legal dever-se-ia abranger o caso concreto.

A título de comentário a respeito do referido julgado, observa-se que o tema em questão envolve o estabelecimento de vínculo de parentesco (paternidade-filiação) em decorrência da adoção, sendo certo que a adoção póstuma se deu em razão da própria idéia da posse de estado de filho (origem relacionada à parentalidade socioafetiva). Trata-se de hipótese clara de reconhecimento da função social da família, eis que com base nos anseios constitucionais sobre a comunidade familiar, faz-se necessário dar proteção à família na medida em que cumpra a sua função social, proporcionando um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros.

O caso concreto, pode-se afirmar, se fundamenta claramente na noção de função social da família no campo da constituição dos vínculos jurídicos familiares relacionados ao parentesco.

b) Na Revista dos Tribunais nº 818, o Superior Tribunal de Justiça apreciou tema assaz importante no contexto da impenhorabilidade legal do bem de família, nos termos do art. 1º, da Lei nº 8.009/90. Consta, da ementa, que a questão de direito debatida consistia na caracterização da impenhorabilidade do bem imóvel em que residia sozinho o devedor solitário (“celibatário”), devendo-se interpretar teleologicamente o art. 1º, da Lei nº 8.009/90, no sentido de reconhecer que o fim da lei foi o de dar proteção do direito fundamental da pessoa humana à moradia.

Registre-se que o caso não foi resolvido de modo singelo, eis que houve divergência nos votos proferidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. O Recurso Especial havia sido apreciado pela 6ª Turma do STJ, ocasião em que foi dado provimento ao recurso para obstar a penhora do único imóvel do devedor, “ao fundamento de que a Lei nº 8.009/90 abrange, como bem de família, a residência do devedor solteiro”. Houve referência, no voto do Relator do Recurso Especial anteriormente julgado, à expressão “sentido social do texto” do art. 1º, da referida Lei nº 8.009, que busca garantir um teto para cada pessoa.

Na dicção dada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “a Lei nº 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário”. No corpo do voto, o Ministro Sálvio Teixeira consignou que o STJ considera impenhorável o imóvel: a) da viúva, independentemente do fato de residir no imóvel com os filhos; b) do ex-cônjuge separado judicialmente; c) de irmãos solteiros que vivam juntos. Para justificar a razão pela qual o devedor solteiro não se encontraria amparado pelo art. 1º, da Lei nº 8.009/90, o Ministro Sálvio afirmou que a família é conceito de relação, que envolve laços psicológicos, de afeto e intimidade entre seus membros, a distingui-la das pessoas jurídicas e também dos indivíduos dela integrantes.

Em posição divergente, o Ministro Humberto Gomes de Barros argumentou que o legislador de 1990, ao empregar a expressão “entidade familiar” não se referiu à família coletiva, mas aqueles que a integram (irmãos solteiros) ou dela são remanescentes (viúva, separado formalmente ou divorciado). E, assim, ao proceder à interpretação teleológica do art. 1º, da Lei nº 8.009/90, o julgador entendeu que a norma não se limita ao resguardo da família, sendo que sua finalidade é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia.

O último voto foi o que prevaleceu, podendo aqui apenas ser transcrito pequeno trecho do voto do Ministro César Asfor Rocha no mesmo sentido do Relator para o acórdão: “parece-me ser mais saudável assegurar ao devedor o direito à moradia, interpretando a expressão unidade familiar como nela estando subsumida a situação em que ele more sozinho”.

De se destacar, também, um trecho do voto do Ministro Milton Luiz Pereira: “um relacionamento familiar mais isolado, quer dizer, uma só pessoa, foge totalmente do conceito de família, não só do conceito histórico, como dos conceitos social e religioso, em que família não é um”; (...); “o indivíduo, evidentemente, não é um ser, um átomo perdido nas forças cósmicas, porque veio de uma família; não é um clone que teria sido gerado em laboratório”.

Observa-se que o fundamento central para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem imóvel residencial do devedor solteiro (sozinho) se circunscreveu à idéia de tutela da pessoa humana no campo do direito (fundamental) à moradia. Há de ser realçado, no entanto, que a noção de função social da família também se encaixa na hipótese em questão, com a nota de que, por óbvio, alguém que tenha residência sozinha na atualidade já integrou uma família (ao menos parental), eis que residiu anteriormente com seus pais (naturais ou civis), eventualmente com irmãos, ou inserido em família assistencial (guarda ou tutela). Assim, não se mostra razoável reconhecer a tutela da pessoa viúva, separada ou divorciada no campo da impenhorabilidade do bem de família, e não

admitir o mesmo tratamento à pessoa solteira que deixou o lar de seus familiares parentais para ter residência sozinha. Assim, é de se entender que também no campo da impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, a noção da função social da família incide também no campo dos vários modelos de famílias, inclusive aquelas que não mais convivem (como no exemplo das famílias fundadas no parentesco paternidade, maternidade e filiação).

c) Na Revista dos Tribunais nº 825, o Superior Tribunal de Justiça apreciou a temática relacionada à união estável rompida e à possibilidade de prestação de alimentos entre ex-companheiros.

Nos termos do voto do Relator, o dever de prestar alimentos se fundamenta na solidariedade mútua que se constitui em uma vida comum. Reconheceu-se como fundamento da obrigação alimentar a circunstância de ter se verificado a vida em comum entre os companheiros, invocando o princípio da igualdade entre os cônjuges como também incidindo na relação jurídico-familiar entre os companheiros.

A situação de necessidade que envolveu um dos companheiros, como aferido no caso concreto, propiciou o julgamento de procedência do pedido de alimentos, levando em conta a comunhão de vida que existiu entre os companheiros.

A despeito de não ter sido invocada a noção da função social da família no julgamento do caso concreto ora analisado, é de se considerar que tal aspecto norteou a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente diante das expressões “solidariedade” e “vida em comum” anterior à dissolução da união estável.

d) Na Revista dos Tribunais nº 826, o Superior Tribunal de Justiça apreciou questão que se vincula, simultaneamente, às noções de função social da família e da propriedade. Na ementa, percebe-se que a hipótese em questão envolveu pedido de alienação judicial de imóvel que havia ficado em condomínio entre ex-cônjuges, que passou a servir de moradia para a ex-esposa e os filhos do casal separado judicialmente.

O pai e ex-marido, após ter sido decretada a separação judicial, na qual ficou assentado que o ex-marido era titular de 25% (vinte e cinco por cento) do imóvel, pretendeu alienar judicialmente o bem, eis que era insuscetível de divisão cômoda. Ocorre que o imóvel servia de residência para a ex-esposa e os filhos do casal separado. No voto proferido no julgamento do Recurso Especial, o Relator considerou a incidência da regra contida no art. 187, do Código Civil de 2002, relativamente à prática de abuso do direito por parte do ex-marido: “impor à família a alienação forçada do prédio que tem destinação social relevante, cuja garantia inclusive é também de responsabilidade do ora autor, sem que se tenha indicação de como será solucionado o grave problema que decorrerá do exercício do direito de alienação da coisa comum, é exercício abusivo do direito”.

No corpo do voto, consignou-se, ainda, que o critério da razoabilidade deveria ser considerado entre o bem que se preserva, o dano que poderia ser causado e à indispensabilidade de se adotar medida bastante prejudicial ao interesse familiar.

A noção de função social da família deve ser considerada na hipótese em questão em decorrência do vínculo de parentesco entre o autor do pedido de alienação judicial e os réus representados pelo ex-cônjuge virado e pelos filhos do casal. Em outras palavras: não se revela legítimo e em consonância com os interesses sociais, o pedido de alienação judicial de bem imóvel objeto de condomínio fruto de dissolução de sociedade conjugal que, no caso concreto, pode conduzir a danos bem superiores ao benefício que poderia advir da própria alienação apenas em atendimento ao interesse individual de um dos condôminos, ou seja, o ex-marido e pai das pessoas que residem no local.

De se registrar, também, que a hipótese envolve a noção de função social da propriedade, eis que os demais condôminos vinham cumprindo a função social, ao passo que o requerente apenas pretendeu obter a preservação de seu interesse individual como se fosse o único a ser tutelado no caso concreto.

e) Na Revista Forense nº 367, o Superior Tribunal de Justiça apreciou caso relacionado à importância do exame de DNA em matéria de ação de investigação de paternidade. Na ementa, ficou expressa a fundamentação de acolhimento do pedido de investigação com base nas razões “de ordem pública e igualitária”.

Tratava-se de hipótese em que o magistrado havia indeferido o requerimento de produção de prova pericial consistente no alto grau de precisão do exame do DNA. Nas palavras do Relator, “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA que a ciência tem proclamado idônea e eficaz”. No julgamento, entendeu-se que o magistrado deve ter iniciativa probatória quando se verificarem razões de ordem pública e igualitária, quando, por exemplo, a causa envolver direitos indisponíveis, o julgador se encontrar em estado de

perplexidade em virtude das provas produzidas, ou, ainda, houver significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.

Não pode o julgador se apartar da evolução social e científica: “o Direito está destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. (...) Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como, ainda, as exigências de justiça e da equidade, que constituem o seu fim”, nas precisas palavras do Ministro-Relator.

Ainda que se saiba que, na contemporaneidade, o critério biológico seja um dos fundamentos dos vínculos de parentesco mas não o único, e talvez não seja mais o principal -, não se pode olvidar a importância do reconhecimento judicial da paternidade nos casos em que o autor da demanda não tem pai jurídico (formalizado no registro civil), havendo interesse de toda a sociedade na declaração dos vínculos jurídicos de família. Assim, a função social da família deve também servir de fundamento para a procedência do pedido de investigação de paternidade com base no exame pericial decorrente da prova genética.

f) Na Revista Forense nº 364, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou hipótese relacionada à posse de estado de filho que, no caso, se originou com a prática conhecida como “adoção à brasileira”.

Cuidava-se de demanda em que buscava o reconhecimento da nulidade do registro civil feito, tendo o Relator do recurso considerado que o “motivo social do ato” e os “princípios éticos” aplicáveis espcavam qualquer vício eventualmente existente na declaração de vontade manifestada perante o Oficial do Registro Civil quanto à lavratura do assento de nascimento da criança.

Mais uma vez, apesar de não ter sido referida expressamente a noção de função social da família, ela decorre do próprio critério da socioafetividade, em que o vínculo de parentesco que se estabeleceu com o registro civil feito baseado na denominada “adoção à brasileira”, deve ser preservado, mesmo porque o ato foi praticado com base em princípios de eticidade, havendo relevante motivo social do ato registral praticado.

## **5 Conclusão.**

Dessa maneira, pode-se perceber como a função social da família influencia e justifica as normas reguladoras do casamento, da união estável, da paternidade-maternidade-filiação, desmerecendo a proteção do Direito aquela família que não mais a observa. Como visto, a função social dos institutos jurídicos exerce um papel essencial no reconhecimento de efeitos jurídicos a situações de fato, eis que elas tendem a ser valoradas na medida que demonstram a aptidão de, no cotidiano, desempenhar o mesmo papel destinado às situações de direito (situações regularmente constituídas).

A evolução do Direito de Família é verificada como reflexo da própria evolução da sociedade, revelando-se claro o redirecionamento das relações familiares no sentido de preservar o que há de mais importante nas famílias: o sentimento afetivo, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito, a consideração. O projeto familiar se vincula indissolúvelmente à noção de função social da família, e quanto melhor ele for observado à luz dos valores e princípios constitucionais, efetivamente ter-se-á o cumprimento da função social com todos os consectários daí decorrentes. Ao revés, o não-cumprimento da função social da família ensejará o reconhecimento de determinados efeitos jurídicos de índole negativa entre os familiares. Assim, a família é representada por essa comunidade particularmente própria à realização pessoal dos seus integrantes, promovendo-lhes o desenvolvimento de suas personalidades e melhores potencialidades, em estrita consonância com o valor da dignidade da pessoa humana na dimensão social.

O projeto familiar se vincula indissolúvelmente à noção de função social da família e, quanto melhor ele for observado à luz dos valores e princípios constitucionais, efetivamente ter-se-á o cumprimento da função social. E, neste particular, o papel da doutrina e da jurisprudência se revela fundamental para identificação do conteúdo, dos contornos e dos efeitos da função social nas relações intersubjetivas.



