

A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA E A ÉTICA DO AFETO: TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Lara Oleques de Almeida¹

RESUMO: A família contemporânea sofreu impactos e foi alterada em sua estrutura, função e valores, abandonando o modelo patriarcal e patrimonialista, fundado exclusivamente no casamento, para abrir-se a novas formas de constituição, mais flexíveis, democráticas, igualitárias e plurais, baseadas no amor e nos laços de afetividade entre seus membros. Tal mudança acabou por determinar as feições principiológicas da norma constitucional e infraconstitucional, mais recentemente, passando o Direito a reconhecer como entidade familiar outros agrupamentos, construindo hermenêuticamente o princípio da afetividade, especialização do princípio da dignidade da pessoa humana, como principal elemento definidor do conceito de família. Nesse cenário, surge o instituto da função social da família como reflexo dessa mudança de paradigmas. A função social da família é importante mecanismo a permitir a incorporação de valores sociais para o interior do ordenamento quando da interpretação do Direito, a partir da dicção do art. 226, *caput*, da Constituição Federal c/c art. 1º, III, da Constituição Federal. Ressalta-se, ainda, que a função social da família implica o reconhecimento do conceito contemporâneo de família, inferido na Constituição Federal, em interpretação extensiva.

Palavras-chave: Direito de Família; função social da família; dignidade da pessoa humana; princípio da afetividade

ABSTRACT: The contemporary family has suffered the impacts and has been altered in its structure, function and values, abandoning the patriarchal and patrimonial paradigm, based exclusively on marriage, to become opened up to new forms of constitution, more flexible, democratic, equalitarian and plural, based on love and on the affective bond between its members. Such a change ended up determining the principles of constitutional and infra-constitutional law, so that, more recently, other types of groupings have been recognized as families by law, what hermeneutically builds the principle of affection, a specialization of the principle of human dignity, as the main defining element of the concept of family. At this state of affairs, the institution of the social function of the family comes as a reflex of this change of paradigm. The social function of the family is an important mechanism for the incorporation of social values into the law, as seen when interpreting the *Caput* of Article 226 of Brazilian Federal Constitution combined with Article 1, III, of Brazilian Federal Constitution. We also point out that the social function of the family implies the recognition of a contemporary concept of family, inferred in the Brazilian Federal Constitution, by extensive interpretation.

Key-words: family law; social function of the family; human dignity; principle of affection

INTRODUÇÃO

¹ Bacharelada em Direito pelo UNIVEM, Bacharel em Letras pela UFRGS e Especialista em Aprendizagem de Línguas Estrangeiras pela UNISINOS.

As transformações sociais ocorridas nas últimas décadas guardam íntima relação com as mudanças ocorridas no âmbito da família, uma vez que esta constitui o espaço de intermediação entre a pessoa e a sociedade. Essa inter-relação implica, conseqüentemente, relevantes influências no plano jurídico, cujo nascedouro se encontra na própria realidade social que visa regulamentar. A família constitui, pois, um fenômeno que apresenta constantes desafios e grandes contribuições ao desenvolvimento da teoria e prática jurídicas, sempre na tentativa de acompanhar a velocidade de suas transformações axiológicas.

Assim, o presente artigo visa estudar a função social da família como reflexo de um movimento de mudança do paradigma liberal-individualista, apoiado fortemente na teoria positivista, para o paradigma social-personalista, representado por teorias pós-positivistas que colocam a pessoa humana no centro das atenções da ciência jurídica, em substituição ao lugar outrora ocupado pelo patrimônio. Assim a função social da família é importante mecanismo a permitir a incorporação de valores éticos e sociais para o interior do ordenamento quando da interpretação e aplicação do Direito.

Neste passo, vale mencionar que o interesse pelo tema em estudo surgiu no ano de 2006, no âmbito de um Grupo de Pesquisa sobre Família e Ética coordenado pelo Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, que culminou com a publicação de uma Cartilha para Promoção da Família, colocada à disposição da comunidade acadêmica e da região de Marília. Igualmente, o referido Professor foi o Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso a partir do qual o presente artigo foi elaborado.

Merece ser mencionado, ainda, o importante papel que a formação humanista recebida exerceu na escolha do tema e sobretudo da abordagem metodológica da pesquisa realizada. A graduação em Letras, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a Especialização em Aprendizagem de Línguas Estrangeiras, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), a graduação em Direito, iniciada também nesta última instituição e em fase de conclusão na Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília (UNIVEM), bem como os Projetos de Pesquisa em Hermenêutica Filosófica (UNISINOS) e em Ética e Família (UNIVEM) foram responsáveis pela construção de uma visão holística acerca das ciências humanas, que descortina o mito da ciência neutra e totalmente objetiva, incluindo nesse processo os valores e a subjetividade do pesquisador e do objeto pesquisado, qual seja, a pessoa, considerada na plenitude de sua condição humana.

Nesse contexto, optou-se pela abordagem metodológica qualitativa, consubstanciada nos métodos dialético e fenomenológico, visto que o objeto das ciências sociais e humanas é naturalmente valorativo, de forma que o trabalho é desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica em obras e artigos científicos nas áreas da Hermenêutica, Direito Constitucional, Direito de Família e Ética, bem como de pesquisa documental, tomando-se por fonte o último censo demográfico do IBGE (BRASIL, 2003).

Dessarte, apresenta-se um panorâmico quadro das principais transformações ocorridas na ciência jurídica, com destaque para a passagem do século XIX ao século XX e deste ao XXI, com o deslocamento paulatino do foco de sua preocupação do patrimônio para a pessoa humana. A partir da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se verdadeira mudança de paradigmas na ciência jurídica, a qual se abriu às valorações éticas e sociais. Nesse sentido, empreende-se uma crítica ao pensamento dogmático, fruto de uma cultura jurídica que tende a supervalorizar as normas positivadas nos Códigos em detrimento da hermenêutica civil-constitucional, de forma a engessar a prática dos juristas, na medida em que dificulta a renovação das bases científicas do Direito.

Igualmente, destacam-se alguns dos princípios constitucionais que regem o Direito de Família atual, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade. Com a constitucionalização do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou o lugar mais alto no ordenamento jurídico brasileiro, deslocando o foco da proteção estatal do patrimônio para a pessoa, que passou a constituir o objeto central da ciência jurídica. Este é o cerne da noção de função social da família: a promoção da dignidade das pessoas que a integram por meio da aplicação do princípio da afetividade, especialização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito de Família.

Trata-se, a seguir, do processo de funcionalização do Direito Civil, da natureza jurídica e da evolução histórica da função social, para, ao final, abordar a função social da família, construção hermenêutica derivada da consideração da família como base para a formação da sociedade (art. 226, *caput*, da Constituição Federal) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). Ademais, a função social da família implica o reconhecimento do conceito contemporâneo de família, inferido da dicção do art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, em interpretação extensiva, e reconhecido no art. 5º, II c/c parágrafo único da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), primeira norma infraconstitucional a fazê-lo expressamente.

Por fim, delineiam-se algumas conclusões, dentre as quais a de que o Direito de Família é área peculiar da ciência jurídica, que merece tratamento interdisciplinar, em razão

de seu objeto de estudo dizer com a condição humana na sua acepção mais profunda. Sendo o Direito ciência essencialmente humana, não pode ser resumido à mera aplicação subsuntiva da norma; ao contrário, deve ser instrumento social de promoção de justiça e de paz, abandonando as cômodas concepções calcadas na pureza, neutralidade e objetividade para comprometer-se com os acontecimentos e valores de seu tempo.

1. TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Construção histórica do saber jurídico

As transformações ocorridas no Direito ao longo dos séculos mudaram o rumo de sua epistemologia e aplicação, sendo a mais relevante modificação nesse sentido a que se deu na passagem do século XIX ao século XX e deste ao XXI, direcionando paulatinamente o foco de sua preocupação científica do patrimônio à pessoa humana. Ou seja, os valores liberais do século XIX (das grandes codificações e do positivismo) foram dando lugar aos valores sociais e coletivos, surgidos com o advento da Revolução Industrial, que mudou as formas de produção econômica. Mais tarde, com a Segunda Guerra Mundial, foi a vez de o direito preocupar-se com os direitos humanos, dado o contexto histórico instaurado a partir do holocausto nazi-fascista.

Referem Gama e Guerra (2007, p. 124) que a perspectiva clássica de teoria e aplicação do direito (nos moldes positivistas) foi perdendo força a partir de um marco histórico muito importante para a humanidade e para o Direito, qual seja, "a Segunda Guerra Mundial, com a derrota do nazi-fascismo, cujas barbaridades foram encobertas pela legalidade de um direito neutro e objetivo".

Após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento da ONU (Organização das Nações Unidas) e com a conseqüente criação de normas jurídicas internacionais a reger os países-membro, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, é que se conferiu importância significativa à noção de dignidade da pessoa humana, como freio às arbitrariedades dos governantes, transpondo-a como a diretriz que deveria orientar toda a produção legislativa dentro de cada Estado e dotando o Direito e seus institutos de conteúdo ético preponderante, pleno de valores e finalidades a serem cumpridas.

Assim, instaurou-se grande mudança de paradigmas no âmbito da ciência jurídica, abalando as certezas até então existentes quanto aos fundamentos do Direito, fincados fortemente que estavam na teoria kelseniana, a qual, aliás, influencia o pensamento e a prática dos juristas até os dias de hoje (cultura jurídica), instaurando verdadeira crise de paradigmas, um dos fatores responsáveis por obstaculizar a efetivação de direitos no âmbito da família.

A teoria formulada por Kelsen, que cumpriu importante papel na história do Direito, porquanto organizou sistematicamente e conferiu-lhe ares de cientificidade, foi fortemente influenciada pelo espírito cartesiano da época, postulando a aproximação do Direito às ciências exatas, ou seja, primava por um ideal de objetividade da ciência segundo o qual um juízo somente seria válido se pudesse ser obtido de forma objetiva, mediante a aplicação de um método matemático, seguro e infalível.

De modo que a teoria kelseniana retirou do Direito todo e qualquer conteúdo axiológico, o que permitiu legitimar juridicamente a ocorrência do holocausto nazi-fascista. Diante disso, "ascendeu, então, o pós-positivismo, o qual, visando evitar as barbáries permitidas por um direito acrítico, buscou a inserção de valores éticos no Direito, reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade" (GAMA; GUERRA, 2007, p. 124).

Mais recentemente, no transcorrer do final do século XX e adentrando o século XXI, a sociedade contemporânea (a chamada pós-modernidade), sofreu profundas transformações que impulsionaram o Direito a rever mais profundamente seus vetustos conceitos, forjados no século XIX e carregados dos valores das primeiras codificações liberais (recorde-se que o Código Civil de 1916, recentemente revogado, nasceu sob a inspiração de tais concepções), que não mais davam respostas adequadas aos problemas surgidos no seio da sociedade.

Neste ponto, mister esclarecer o significado do termo *pós-modernidade*, tal qual se utiliza ao longo do presente artigo, sem, contudo, aprofundá-lo. A pós-modernidade é sinônimo de sociedade contemporânea, que pode ser definida pela crise dos valores oriundos dos postulados cartesianos da segurança e da certeza, fundantes do pensamento moderno ocidental, que hoje dão mostras de sua fragilidade diante dos fenômenos atuais, caracterizados pela instabilidade e volatibilidade (BAUMAN, 2001).

Em outras palavras, a pós-modernidade também pode ser definida como consequência do "desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas", que afastou da sociedade e do homem "a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas", conforme explica Hironaka, ao tratar das tendências do Direito Civil no século XXI:

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios do homem de hoje, este ser de incansável movimento e de infinitos sonhos. Sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica, tudo isso que o colocou *em pé*, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constranger costumes ancestrais (HIRONAKA, 2001, grifo do autor).

Nesse contexto, a família contemporânea exsurge como um exemplo claro das transformações sociais ocorridas na pós-modernidade, em vista dos novos arranjos familiares, inimagináveis há algumas décadas: famílias reconstituídas, famílias sem filhos, famílias monoparentais, etc., conforme demonstram os atuais censos demográficos (BRASIL, 2003).

A par das transformações na composição da família brasileira, ocorreram também mudanças em seus valores éticos, revisados no final do século XX, os quais acabaram por determinar as feições principiológicas da norma constitucional (e infraconstitucional, mais recentemente), elevando o afeto como valor principal no âmbito do Direito de Família.

Assim, no Direito da pós-modernidade, cada vez mais desaparecem as fronteiras que separavam rigidamente Direito Público e Direito Privado, mundo jurídico e mundo dos fatos, com evidência para a inter-relação entre Direito e sociedade, conforme ensina Silva Filho:

[...] tanto a norma e os conceitos jurídicos desenvolvidos quanto os fatos para os quais eles se voltam compartilham de uma mesma dimensão, a qual podemos chamar com Jan Schapp de “mundo da vida”. Nesse diedro, considera-se ilusório e inadequado realizar uma reflexão puramente conceitual e depois impô-la como uma leitura racional da realidade. Igualmente, não se pode menosprezar o fenômeno jurídico enquanto um autêntico fato social que já se encontra na gênese das próprias relações (SILVA FILHO, 2003, p. 144).

Assim, com os movimentos históricos sucedidos, o Direito foi incorporando novos valores, abandonando o paradigma da individualidade liberal e abraçando os valores da solidariedade, como consequência de um movimento histórico-social que se impunha. De modo que, pouco a pouco, a lei positiva passou a perder a sua supremacia diante dos princípios jurídicos, que foram ganhando importância dentro do ordenamento, dada a sua maleabilidade lingüística, pois constituem mecanismos que permitem uma melhor adaptação do Direito às novas realidades sociais que clamam por uma regulação adequada e justa.

E assim surge o fenômeno da constitucionalização do Direito, no qual se inserem outros fenômenos como o da despatrimonialização, personalização e funcionalização do Direito, resultado dessas transformações ocorridas na história no sentido de valorização dos princípios constitucionais, tendo como regente maior o princípio da dignidade da pessoa humana, em prejuízo da estrita aplicação da lei civilista.

Os princípios jurídicos, pois, dotados de grande amplitude semântica, foram tornando-se o norte axiológico de todo o ordenamento jurídico, eis que funcionam como comandos éticos permeados de valores socialmente relevantes, a partir dos quais o agente do Direito interpretará e aplicará toda e qualquer norma jurídica infraconstitucional.

Ademais, a perspectiva principiológica do Direito conferiu grande relevância ao processo interpretativo como forma de interação entre o intérprete, o texto legal e o contexto social, deixando de ser a hermenêutica, por conseguinte, um mero instrumento extrator de sentidos estáticos e previamente fixados na norma jurídica.

Nas palavras de Silva Filho, atualmente:

[...] tem-se uma produção legislativa mais rica em termos de referências axiológicas e uma Constituição que pretende amparar um Estado Democrático de Direito. Tem-se igualmente um Poder Judiciário que parece, aos poucos, estar despertando de um sono dogmático e ocupando um espaço mais incisivo na cena pública, acenando cada vez mais com a possibilidade de controle efetivo da atividade legal e administrativa (SILVA FILHO, 2006, p. xxiii).

Cabe, neste ponto, destacar o importante papel que vem cumprindo a jurisprudência na construção do saber jurídico na área do Direito de Família, a qual, na última década, tem operado como verdadeira mola propulsora das mais significativas mudanças na doutrina e na produção legislativa, ao incorporar a noção de funcionalização da família - que privilegia a sua função social em detrimento de seu papel institucional -, por meio da aplicação do princípio da afetividade aos diferentes arranjos familiares que se apresentam ao Judiciário à espera de justa solução. Um exemplo disso é o reconhecimento expresso do conceito contemporâneo de família, nos termos do art. 5º, II c/c parágrafo único da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)², que reconhece, inclusive, a união homoafetiva como entidade familiar.

² Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

Diante do caso concreto, o intérprete, sem despojar-se de seus valores enquanto ser humano, dá sentido ao texto legal tendo em vista a realidade social em que o caso se insere, com suas nuances e peculiaridades. A interpretação tornou-se, assim, um processo de construção de sentidos a partir de valores considerados relevantes para a sociedade em dado momento histórico, a fim de aplicar o direito de forma mais condizente com as transformações ocorridas na sociedade contemporânea.

Nesse sentido é que surge o Direito de Família como um dos ramos da ciência jurídica que mais impactos das mudanças sociais vem recebendo, considerando, de um lado, o grau das mudanças sociais ocorridas nos costumes e na moral vigente até meados do século XX e, de outro, a resistência do Direito Civil em incorporar a nova realidade social e revisar o seus parâmetros conceituais e doutrinários.

Sendo o Direito Civil o ramo mais tradicional do Direito, com raízes fincadas na era romana, compreendida está tal resistência. No entanto, impulsionado, principalmente, pelos estudos de hermenêutica constitucional, que reivindicavam à Constituição Federal, essencialmente principiológica, um lugar de destaque na aplicação e interpretação de todas as normas jurídicas, o Direito Civil foi cedendo e incorporando um novo paradigma, qual seja, o que os doutrinadores denominam de constitucionalização do Direito Civil, que, conforme já aludido, envolve os fenômenos da funcionalização, despatrimonialização e da personalização.

O entendimento dessa verdadeira mudança de paradigmas ocorrida com o pós-positivismo (plasmada na pós-modernidade) é de essencial importância para a adequada compreensão dos fenômenos jurídicos em nossos dias, sob pena dos agentes do Direito (advogados, juízes, legisladores, etc), ficando alheios a essas transformações, não mais conseguirem dar respostas jurídicas condizentes à nova realidade social contemporânea, que clama pelos ditames da ética e da justiça, muito além da mera aplicação formal do direito.

O Direito de Família, inserido no curso da construção do Direito, levada a efeito ao longo dos séculos, deve ser compreendido à luz dos princípios constitucionais, que se irradiam de forma imediata sobre os seus institutos por força de próprio imperativo constitucional (art. 5º, § 1º, CF), nunca devendo ser olvidado que, parafraseando Barros (2003), os direitos inerentes à família são os mais humanos dos direitos humanos.

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.[g.n]

É nesse contexto, pois, que melhor se poderá compreender o fenômeno da funcionalização da família enquanto instituto jurídico, o que remete à idéia de construção do princípio da dignidade da pessoa humana no seio das relações familiares, materializado no desenvolvimento de todas as potencialidades de cada pessoa integrante do núcleo familiar, que deverá ser definido a partir dos laços de afeto, cuja ausência implicaria o descumprimento de sua função social, porquanto ausente seu principal elemento definidor.

1.2 Constitucionalização do Direito de Família

A Constituição Federal de 1988 instaurou um novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à interpretação de toda a legislação infraconstitucional, ou seja, impôs-se, a partir dela, o que a doutrina convencionou chamar de constitucionalização do Direito ou, de forma mais específica, de interpretação conforme a Constituição. Isso significa que todos os institutos jurídicos devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, sendo que nenhuma norma com ela poderá estar em desconformidade.

Esclarece Pereira (2004, p. xi) que, na sistemática desse novo sistema de interpretação, destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, que se sobrepõem aos interesses particulares, prevalecendo, assim, a constitucionalização de todo o Direito e, em especial, do Direito de Família. Atenta o autor que, na mesma medida em que "os direitos fundamentais passaram a ser dotados do mesmo sentido nas relações públicas e privadas, os princípios constitucionais sobrepuseram-se à posição anteriormente adotada pelos princípios gerais do direito".

Nesse contexto, o princípio da interpretação conforme a Constituição reveste-se de importância ímpar, já que concebe o texto constitucional como o ápice normativo a partir do qual as normas infraconstitucionais anteriores ou supervenientes à Constituição deverão com ela harmonizar-se, apenas devendo ser declarada a inconstitucionalidade dessa norma quando a incompatibilidade com a Constituição não puder ser vencida.

Destaca-se, pois, a força normativa da Constituição Federal como o marco inspirador e determinante da coerência em todo o ordenamento jurídico brasileiro, com base na sua característica principiológica, é dizer, no sistema constitucional brasileiro predominam os princípios, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora (interpretativa) (MORAES, 2007, p. 70).

Afirma Lôbo (2004, p. 181-182) que essa diretriz hermenêutica harmoniza-se com os princípios da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e da força

normativa da própria Constituição, pois o principal é a função que desempenha na interpretação do conteúdo das leis, que há de ser delimitado e construído pelos princípios e normas constitucionais, razão pela qual o alcance das normas civilistas sempre deverá ser dado pela interpretação realizada a partir da Constituição, nunca ao contrário. Aduz o autor:

No passado e, infelizmente, na atitude de muitos aplicadores do direito, a operação hermenêutica encontrava-se invertida, pois a Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e códigos. No que concerne aos princípios, a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de vedação de ‘non liquet’ (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”), favoreceu a **inversão hermenêutica**, pois os princípios foram tidos como supletivos. Essa regra da LICC há de ser interpretada “em conformidade com a Constituição”, ou seja, apenas em relação aos princípios gerais que não sejam constitucionais, pois estes não são supletivos, mas conformadores da lei (LÔBO, 2004, p. 182, grifo nosso).

Em semelhante sentido, Silva Filho enfatiza que a cultura jurídica dominante ainda é empecilho à correta operacionalidade e efetividade das normas constitucionais, o que exige uma mudança radical nos fundamentos da Hermenêutica:

[...] percebe-se nas últimas décadas um crescimento vertiginoso da teoria e da prática constitucional, no qual a Constituição passa a ser assumida como verdadeiro conjunto ordenador do universo jurídico a exigir uma eficácia direta para suas normas e princípios, o que contrasta com a função retórico-decorativa à qual ainda se vê alijada pela cultura jurídica predominante. Esta nova exigência, por sua vez, demanda uma mudança radical na matriz hermenêutica que informa o pensamento e a atuação do jurista moderno, daí porque o elevado número de estudos devotados à interpretação constitucional, sendo este campo um dos principais incentivadores das investigações hermenêuticas no Direito (SILVA FILHO, 2006, p. xxiii).

Em que pesem os óbices à efetiva aplicação das normas constitucionais ao âmbito privado, quanto ao Direito de Família, reivindica-se seja analisado sob a ótica da Constituição Federal, o que configura uma nova dimensão de tratamento dessa disciplina.

Nesse sentido, Lôbo assevera que:

Significa dizer que suas normas [do Código Civil] hão de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras que a Constituição estabeleceu para a família no ordenamento jurídico nacional, animados de valores inteiramente diferentes dos que predominavam na sociedade brasileira, na época em que se deu a redação do capítulo relativo ao pátrio poder do Código de 1916, que, em grande medida, manteve-se no capítulo destinado ao poder familiar para a família do século XXI. As palavras utilizadas pelo legislador de 1916, reaproveitadas pelo legislador do novo Código, são

apenas signos, cujos conteúdos deverão ser hauridos dos princípios e regras estabelecidos pela Constituição (LÔBO, 2004, p. 182).

Além de tudo o que foi dito, as modificações instauradas pela Constituição de 1988 mostram-se inovadoras no que tange ao alargamento do conceito de família, baseado na nova realidade social que se impôs, conferindo juridicidade às relações afetivas instauradas fora do casamento, centro gravitador do Direito de Família até então e, ainda hoje, em grande medida.

Assim, afastou o texto constitucional a idéia de família vinculada estritamente ao matrimônio, reconhecendo como família também a união estável entre um homem e uma mulher, pelo que "a família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares" (DIAS, 2006, p. 34).

Dentro desse novo espírito, passaram também a ser concebidas como família as relações monoparentais, ou seja, de apenas um dos pais com os seus filhos, o que denota a nova função social designada à família, para mais além da mera função procriativa, considerando a não exigência da existência de um casal para definir a entidade familiar.

Cabe refletir, neste momento, acerca da responsabilidade dos agentes jurídicos, aos quais incumbirá a responsabilidade de aplicar as normas de Direito de Família dentro dessa ótica instituída pela Constituição Federal. Melhor dito, o desafio do jurista do atual milênio estará em conciliar estes novos parâmetros, libertos de preconceitos e imbuídos, tão-somente, do espírito da ciência jurídica, cuja função é constatar os fenômenos ocorridos no âmbito social, sem julgá-los previamente, na busca da solução mais justa de acordo com um entendimento jurídico renovado, sem abrir mão do bom senso e da criatividade.

1.3 Crítica ao dogmatismo jurídico

Antes de mais nada, importa delimitar o sentido da expressão *dogmática jurídica*, para os fins deste trabalho. Para tanto, tomam-se as palavras de Amaral (2000, p. 109), que compreende que a dogmática jurídica se circunscreve à idéia de que "o direito se apresenta como construção jurídica, lógica, racional e sistematizada, obediente ao princípio positivista de que o objeto da ciência do direito são apenas as normas positivadas (dogmas), independentemente da realidade social subjacente".

Para a adequada compreensão e aplicação do direito às novas situações de fato surgidas no âmbito da família, a exemplo da funcionalização do Direito de Família, é mister

que se faça uma reflexão crítica acerca da dogmática e da ciência jurídica, concepções muitas vezes confundidas por uma tradição histórica que brevemente também será apontada.

Não é novidade a menção a uma crise de paradigmas no direito, constatada, dentre tantos outros aspectos, no descompasso entre os conceitos jurídicos e a realidade dos fatos, ou seja, os velhos conceitos construídos pela dogmática jurídica já não conseguem explicar os novos fenômenos que vão surgindo no direito, daí se explica a lenta incorporação, pelos agentes jurídicos, de novos princípios da natureza da função social da família, ainda mais se concebido como cláusula geral, haja vista as dúvidas que suscita a sua operacionalidade.

O Direito é um ramo do saber que se insere no mundo das ciências humanas, vez que tem por objeto o estudo da pessoa no sentido de sua organização social mediante regras, normas e princípios, manifestados no grupo social por meio da linguagem escrita ou oral. O objeto de estudo do Direito, portanto, há de ser a pessoa em sua dimensão humana, fruto de uma cultura e de uma história, fonte de expressão de valores, mutáveis no espaço e no tempo, na medida em que mutável também é a própria pessoa.

Nada justifica, assim, a separação entre a ciência jurídica e os valores sociais que são a própria fonte de origem do Direito. Diz Amaral (2000, p. 109) que, "é de recusar-se toda argumentação que se desenvolva em termos de pura lógica, ou limitada à perspectiva da ciência do direito como pura dogmática, separada da realidade que a justifica".

No entanto, a história do Direito mostra que este ramo do saber só tomou ares de cientificidade a partir do século XIX, com as teorias racionalistas positivistas, influenciadas pelo pensamento do filósofo francês René Descartes, o qual influenciou, de resto, em todos os ramos da ciência. Assim, o positivismo, na tentativa de tornar o Direito uma ciência, aproximou-o das ciências exatas, afastando dele a sua fonte primordial – a realidade construída pelo ser humano –, para convertê-lo em algo abstrato e observável empiricamente, a exemplo dos objetos das ciências naturais.

Assim, houve no Direito a separação radical entre as questões de fato e as questões de direito, fenômeno que tem repercussões até nossos dias, haja vista, por exemplo, a estrutura interna das petições encaminhadas ao Poder Judiciário. No geral, a maioria dos conceitos jurídicos foram construídos historicamente sob a forte influência positivista.

Interessante observar que alguns fatores históricos auxiliam na compreensão desse fenômeno, conforme destaca Streck (2000, p. 53-56) ao analisar a atitude refratária dos juristas no que tange à não recepção de novos paradigmas no modelo interpretativo vigente no Brasil. Destaca o autor os seguintes: a) o Código Civil é proveniente de uma sociedade pré-liberal e urbana [ainda que o Novo Código Civil tenha incorporado mudanças significativas];

b) o Código Penal é produto de uma sociedade que há pouco ingressara no liberalismo, voltado para uma (nova) clientela fruto da mudança econômica ocorrida a partir da revolução liberal de 1930; c) o Código Comercial data do século XIX; d) o Código de Processo Civil, na mesma linha dos demais códigos, estabelece mecanismos que protegem explicitamente os direitos reais em detrimento dos direitos pessoais.

Ao longo do século XX, especialmente em sua segunda metade, porém, acompanhando o movimento geral de questionamento epistemológico do conhecimento e, de modo mais específico, a crise de paradigmas no seio da ciência do Direito, as tradicionais teses, sobretudo na área da hermenêutica, vêm sendo largamente superadas, em que pese tal superação não ter repercutido de modo efetivo no chamado *senso comum teórico dos juristas*, termo com o qual Warat (1994, p. 13) nomeia originalmente o estado atual em que se encontra a maioria dos juristas, ao resistirem às mudanças irreversíveis impostas pela realidade dos fatos, apegando-se, em contrapartida, a conceitos e parâmetros ultrapassados para a explicação e aplicação do Direito.

Esclarece o autor que o *senso comum teórico dos juristas* consiste em:

[...] um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. [...] As significações não deixam de ser um instrumento de poder. Aceitando-se que o Direito é uma técnica de controle social, não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode se manter estabelecendo-se certos hábitos de significação. Existe, portanto, um saber acumulado – difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais – que é condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade. [...] Enfim, podemos dizer que, de um modo geral, os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o ‘*senso comum teórico dos juristas*’ – no interior da linguagem do direito positivo que vaga indefinidamente servindo ao poder (WARAT, 1994, p. 13-15).

Em outras palavras, os institutos e o instrumental jurídico com que lidam os agentes tomados desse *senso comum dogmático* não fornecem soluções condizentes aos problemas concretos apresentados. Ao contrário, a dogmática jurídica fomenta o desenvolvimento de práticas com base em uma espécie de paralisia científica, que dificulta a realização de uma reflexão crítica sobre as perguntas fundantes do Direito.

Neste ponto, importante distinguir saber científico de saber dogmático, a propósito da confusão existente no meio jurídico entre os dois conceitos. Nesse sentido, oferece Warat (1979, p. 20) uma esclarecedora diferenciação, ao dizer que existem "dois tipos de teorias: as

ideológicas (senso comum teórico) e as científicas. As primeiras fazem parte do real, as segundas reconstroem esse real social, ampliando-o com a compreensão de seus determinantes e condicionantes". Aduz o autor:

[...] diremos que ele [senso comum teórico] representa um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas predominantes. [...] Diversamente, as teorias científicas situam os problemas ao nível de um sistema de conceitos aptos a ministrar uma explicação da articulação em que os dados se relacionam. O trabalho científico determina uma mudança de problemática em relação ao senso comum teórico, produzindo a transformação deste saber ideológico (WARAT, 1979, p. 20).

De toda sorte, não faltam decisões judiciais e estudos que ultrapassam a cultura dogmática. Consideram-se aqui as decisões que procuram, entre outros objetivos, a concretização dos princípios e valores constitucionais, o resgate da função ética do Direito, dando vazão à proteção à dignidade da pessoa humana, em detrimento de interpretações rigidamente legalistas, que se apegam ao sentido literal da lei, prejudicando sua atualização e enriquecimento diante dos mais diversos casos que se apresentam.

Nesse sentido, a tradição dogmática passou por uma profunda reformulação, com o surgimento de inúmeras teorias que concebem o direito de outra perspectiva, não puramente abstrata e distante da realidade e de seus aspectos axiológicos, como a teoria kelseniana fez outrora; ao contrário, tais teorias concebem o direito como construção da pessoa concreta, inserida em sua temporalidade e historicidade. O foco sai da norma abstrata como objeto de estudo do direito e recai sobre as condições a partir das quais a pessoa opera na sociedade.

2 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos, esclarecimento que se torna de suma relevância para os objetivos deste trabalho, vez que a função social da família, bem como o princípio da afetividade, um dos fundamentos da função social, como se verá seguidamente, não estão expressos no texto constitucional ou infraconstitucional e constituem, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, e tendo este como norte principal, os pilares fundantes da releitura necessária que se deve instaurar no Direito de Família atual.

De modo que estes dois princípios são exemplos de como se espera seja a interpretação constitucional em prol da constitucionalização e funcionalização do Direito de Família, ou seja, considerando que alguns dos princípios não estão escritos nos textos legais, impõe-se concebê-los como a fundamentação ética, antes que jurídica, no espírito dos ordenamentos para possibilitar a vida em sociedade, de maneira que se afirma, vez mais, o lugar de destaque que devem receber os princípios para a compreensão dos novos fenômenos jurídicos que se têm apresentado no âmbito da família.

Cada autor concebe uma quantidade diferenciada de princípios, não sendo possível encontrar sequer um rol mínimo em que haja consenso. Amaral (*apud* DIAS, 2006, p. 50-51) elenca 11 princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso:

- a) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (art. 226, CF);
- b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família;
- c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução;
- d) igualdade jurídica dos cônjuges (art. 226, § 5º, CF);
- e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes e da união estável (art. 226, §§ 3º e 4º, CF);
- f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (art. 226, § 6º, CF);
- g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (art. 226, § 7º, CF);
- h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º, CF);
- i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (art. 227, CF);
- j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (art. 229, CF); e
- k) proteção do idoso (art. 230, CF).

Vê-se, pois, que os antigos princípios do Direito de Família foram abandonados, em vista da nova concepção plural e funcional de família - longe de um modelo único -, ganhando esse ramo do Direito uma nova roupagem, interna e externa, o que sói chamar-se de mudança de paradigma, conforme já referido anteriormente.

Insta ressaltar que os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles acolhidos, do que decorre a necessidade de revisitar os institutos que compõem o Direito de Família, adequando-os à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica (DIAS, 2006, p. 51). Assim, cabe trazer alguns dos princípios norteadores do Direito de Família, sem a pretensão de esgotar o tema, conforme ressalva feita alhures.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Os fatos históricos que marcaram a humanidade no decorrer da Segunda Guerra Mundial influenciaram sobremaneira os rumos da ciência jurídica. No Brasil, a preocupação com os direitos humanos e com a justiça social levou o constituinte de 1988 a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional (DIAS, 2006, p. 52), movimento denominado de personalização do Direito privado, consistente "no reflexo da valorização do tema da dignidade humana, tão vilipendiada durante a Segunda Guerra Mundial" (SILVA FILHO, 2003, p. 175).

Assim, prevê o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a qual consiste no princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, o que significa que todas as normas que o conformam, a despeito de seus traços distintivos, deverão estar em plena consonância com a dignidade da pessoa humana.

De modo que a finalidade de toda norma jurídica - e aí se incluem as normas de Direito de Família, logicamente - há de centrar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, nunca podendo contrariá-lo, sob pena de inconstitucionalidade, assim como ocorre com os demais princípios constitucionais.

No que tange ao conteúdo semântico da expressão *dignidade da pessoa humana*, os juristas costumam aludir à dificuldade em defini-lo com precisão, a exemplo do que refletem as palavras de Dias (2006, p. 52), com destaque para a sua concepção não apriorística; ao

contrário, construída pelos sentimentos e emoções envolvidos em sua definição, já que de valores humanos se trata (intimidade, amor, sentimentos, afeto). Reflete a autora:

Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos (DIAS, 2006, p. 52).

Prossegue a autora referindo que o princípio da dignidade humana consiste no mais universal de todos os princípios, dele derivando todos os demais: liberdade, igualdade, solidariedade. É o princípio dos princípios, pode-se dizer, eis que norteia todos os atos públicos e privados que se manifestam em sociedade (DIAS, 2006, p. 52).

Para Sarlet (2003, p. 108-109), o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado na Constituição Federal em razão da própria natureza humana. Ou seja, a importância do princípio sustenta-se por si só, pelo simples motivo de que o mundo é feito de pessoas, que se tornam automaticamente titulares de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado. O autor salienta que a dignidade da pessoa humana é inalienável e irrenunciável, posto que inerente a todos os seres humanos.

Importante referir, ainda, que, além de consistir em um limite aos atos estatais, o princípio da dignidade da pessoa humana representa, também, um norte ético para as ações positivas do Estado, no sentido de que este possui não só o dever de deixar de praticar atos que violem a dignidade humana, mas também o de aplicá-la por meio de ações concretas, em prol da garantia à assistência mínima de condições dignas de vida para cada pessoa.

No âmbito do Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo, portanto, "indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família" (DIAS, 2006, p. 53).

Ressalta-se, ademais, a importância da eficácia imediata (dimensão de aplicabilidade) do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana na área das relações de família atuais, entrando em cena para resolver várias questões práticas e servindo como fundamento para todos os demais princípios que lhe dão concretização.

2.1.1 A pessoa como valor jurídico

Antes da mudança do paradigma da família, ocorrida com a constitucionalização do Direito de Família, a proteção do Estado era direcionada para a família enquanto entidade abstrata. O importante era proteger "a família". Com o fenômeno da funcionalização (com reflexos da personalização e despatrimonialização), o foco de proteção estatal passa a ser a pessoa, concebida como um ser humano concreto, nunca de forma abstrata ou apriorística.

Assim, a noção de função social traz à tona as reais necessidades da pessoa real, considerada em duas dimensões que lhe são iminentes: sua condição individual e, por conseguinte, sua condição social.

Nesse sentido, as palavras do mestre Reale:

O fundamento último que o Direito tem em comum com a Moral e com todas as ciências normativas deve ser procurado na natureza humana, nas tendências naturais do homem, não como entidade abstrata à maneira dos jusnaturalistas, mas como ser racional destinado por natureza a viver em sociedade e a realizar os seus fins superiores.

A idéia de pessoa humana, a idéia de que cada homem tem uma individualidade racional que como tal deve ser respeitada, eis o valor por excelência, aquele que podemos chamar *valor-fonte* (REALE, 1998, p. 304;305, grifo nosso).

O termo *pessoa*, a despeito de sua complexidade, ao integrar outro termo, qual seja, *dignidade da pessoa humana*, ganha contornos de maior complexidade ainda, podendo ser reduzida na medida em que se compreende que toda pessoa tem uma face voltada para si própria, para aquilo que a distingue das demais pessoas, e tem uma outra face voltada para a sociedade, para o que há de comum entre ela e as demais pessoas (REALE, 1998, p. 307).

Quando o art. 227 da CF diz que é dever da família assegurar à criança, "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", significa que o Estado deve promover a dignidade de cada uma das pessoas que compõe a família.

Ao mesmo tempo, toda a sociedade e cada um dos integrantes da família devem agir em prol da promoção da dignidade humana, notadamente os pais ou responsáveis com relação aos filhos menores. É um direito oponível tanto ao Estado quanto a qualquer membro da sociedade e da própria família. Todos têm que respeitar aquelas pessoas e reconhecer nelas a máxima importância dentro da sociedade, sem impingir-lhes qualquer forma de discriminação ou preconceito se, porventura, constituírem arranjos familiares fora dos moldes tradicionais.

2.2 Princípio da afetividade

Antes de qualquer direito fundamental referente à família, está o direito que toda pessoa tem, desde que nasce até o dia de sua morte: o direito ao afeto, ao amor. É o direito mais importante para o melhor desenvolvimento da saúde física, psíquica e emocional das pessoas, assim como ao desenvolvimento material e cultural da família.

Não sendo o afeto fruto da biologia, deriva da convivência familiar, não do sangue, pelo que se conclui que a chamada posse de estado de filho, por exemplo, nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade entre as pessoas que compõem o núcleo familiar.

Neste ponto, impõe-se apresentar uma definição do termo afeto. Para Abbagnano, afeto deve ser entendido como:

[...] as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário. Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. **Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto.** O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse, o afeto não é senão uma das formas do amor (ABBAGNANO apud ANGELUCI, 2006, p. 96, grifo nosso).

Completa-se mostra tal definição, vez que engloba todos os aspectos que as relações afetivas envolvem, com destaque para o sentimento de responsabilidade para com a pessoa amada, ou seja, o afeto envolve um dever de cuidado, entre pais e filhos, avós e netos, companheiros e companheiras, enfim, entre todas as pessoas unidas pelo *affectio familiae*, que é o elemento definidor da família contemporânea, corolário do princípio da afetividade.

A idéia do afeto como um elemento integrador na formação das entidades familiares surgiu no Brasil no final do século XX, com o advento da Constituição Federal de 1988, evidenciando a tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas, e não mais sob a ótica da família patrimonializada, modelo adotado por legislações pretéritas.

Lôbo (2000) apresenta os fundamentos jurídico-constitucionais do princípio da afetividade, afirmando não ser mera "petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico". No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles, projetando-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.

Assim, encontram-se na Constituição Federal quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, conformadores dessa evolução social da família, de acordo com interessante construção jurídica de Lôbo (apud DIAS, 2006, p. 60):

- a) a igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º, CF);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º, CF);
- d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

O princípio da afetividade, "assentado nesse tripé normativo, especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana [...], que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional" (LÔBO, 2000).

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Assim, a família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.

Essa é a concepção eudemonista da família (DIAS, 2006, p. 61), que tem como função social realizar a felicidade das pessoas que integram a família, em detrimento de seu aspecto patrimonial. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família, por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas (LÔBO, apud DIAS, 2006, p. 61).

Barros (2003, p. 149) destaca a importância do afeto para a condição humana, ou seja, é o afeto que caracteriza a pessoa como ser verdadeiramente humano, gerando em cada pessoa a solidariedade, "que é a única força capaz de construir - dignamente - a humanidade em todo o agrupamento humano, a partir de sua grei inicial: a família".

Aponta o autor que o afeto não é somente um laço a envolver os integrantes de uma única família, já que possui um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família e compondo, em seu dizer, "a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi, a família" (BARROS, 2003, p. 149-150).

Na esteira dessa evolução, o Direito de Família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto (DIAS, 2006, p. 61); no entanto, é essencial para a operacionalização e efetividade dos direitos fundamentais da família, como o direito ao afeto, que haja uma "ruptura dos paradigmas até então existentes para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para fim do princípio da dignidade da pessoa" (ANGELUCI, 2006, p.131).

Ademais, prossegue o autor analisando o descompasso do Direito com os valores oriundos do princípio da afetividade, no sentido de que não consegue a ciência jurídica acompanhar as transformações sociais, apegada que está a uma cultura legalista:

Neste passo, o direito não acompanhou as alterações sociais, não se atribuiu, no ordenamento, pelo menos expressamente, valor ao afeto, está a doutrina laborando intensamente para implantar esta nova visão independente e desvinculada do valor econômico apenas. Este trabalho é árduo e está no início, pois de um ponto de vista extremamente legalista, defender sua irrelevância, prevalecendo o elemento biológico, como ponto fundamental a sustentar a relação entre pai e filho, é ainda comum nos litígios que batem às portas do judiciário brasileiro (ANGELUCI, 2006, p. 132).

Assim, reafirma-se a natureza essencialmente humana do Direito, que reivindica uma renovação de seus pressupostos teóricos e, por conseguinte, de sua prática cotidiana. Para tal, alguns esforços vêm sendo empreendidos, a começar pelo interesse em estudos que integrem o valor dos sentimentos para o interior do Direito de Família, área peculiar que exige um tratamento interdisciplinar, vez que diz com os mais íntimos valores do ser humano.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

3.1 Funcionalização do Direito Civil

No direito brasileiro atual, há um crescente desenvolvimento de estudos relacionados à temática da função social no âmbito dos institutos jurídicos em geral, inclusive no Direito

Civil. Fenômenos como a constitucionalização, a personalização, a despatrimonialização e a criação de microssistemas legislativos apresentam significativa influência da idéia de função social no âmbito das situações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Ensinam Gama e Andriotti (2007, p. 1) que se trata de realizar uma incursão no período histórico anterior em que a função dos institutos - tais como a propriedade, o negócio jurídico contratual e testamentário, a empresa, a família, entre outros - era tão-somente individual, condizente com o individualismo e o liberalismo no século XIX. Essa presença estatal dá ao direito nova função instrumental, na tentativa de equilibrar as relações sociais e econômicas, levando à denominada funcionalização dos institutos jurídicos.

Nesse sentido, Martins-Costa (2002, p. 148) oferece uma definição de funcionalização, qual seja, "a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios".

Igualmente, Nalin (2001, p. 216-217) indica que a funcionalização do Direito Civil na perspectiva instituída pela Constituição Federal de 1988, importa em "oxigenar as bases fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência, revelando-se instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa".

Vê-se, pois, que a funcionalização tem por fim a releitura e a reconstrução dos principais institutos jurídicos contemporâneos, incorporando para dentro do Direito valores sociais e éticos, com vistas a alcançar novo equilíbrio entre os interesses meramente individuais e as necessidades coletivas e sociais.

Esse equilíbrio se impõe em decorrência da própria natureza da vida em sociedade, já que o ser humano é gregário e necessita da solidariedade como meio de conservar a própria espécie. É difícil conceber a idéia de uma pessoa totalmente isolada, que prescindir de qualquer colaboração de outrem. Dessa forma, "a relação entre a dimensão individual e comunitária da pessoa humana acaba por obrigar a relativização do individualismo tão marcante das codificações oitocentistas" (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 2).

De forma precisa, ressaltam os autores que o querer individual passa a ser questionado e não se podem mais admitir os puros interesses sem considerar os efeitos sociais que estes acarretam, razão pela qual é imperioso ajustar os institutos jurídicos às exigências

do bem-comum. Assim se legitima a interferência estatal, no intuito de harmonizar os fatos jurídicos aos valores privilegiados pela ordem jurídica (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 2).

Especificam os autores o sentido da expressão função social, afirmando que:

[...] deve corresponder à consideração da pessoa humana não somente *uti singulus* ou *uti civis*, mas também *uti socius*. Nesse contexto, a doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 3, grifo nosso).

Quanto à função social da família, levanta-se a questão dos direitos humanos e fundamentais aplicados às relações entre as pessoas que integram a família, que deverão se desenvolver de modo a propiciar a dignidade mínima para a pessoa humana, tanto no âmbito material quanto moral, emocional e afetivo. Corresponde à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da família, especializado pelo princípio da afetividade, conforme já referido alhures.

Importante frisar que a maioria dos estudos na área da função social tem-se dirigido à área da função social da propriedade, o que historicamente se comprova, dada a importância que a sociedade e o direito conferiram a esse instituto desde o início da era cristã, conforme se abordará mais adiante. No entanto, hoje em dia, a chamada doutrina ou teoria da função social influencia todas as áreas do Direito, norteando a aplicação de todos os seus institutos, daí a afirmação de que todo instituto jurídico possui uma finalidade social a cumprir.

Neste ponto, vale esclarecer que:

A função social é essência qualitativa e dinâmica do direito de propriedade. Mas o fenômeno da funcionalização não se resume ao direito de propriedade, projetando-se sobre todos os outros institutos do direito privado. A doutrina da função social se irradia sobre a posse nos Direitos Reais, o contrato no Direito das Obrigações, a empresa no Direito de Empresa e as entidades familiares no Direito de Família e Sucessões, e os reflexos dessa irradiação vêm sendo sentidos pelas alterações promovidas na legislação infraconstitucional (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 17).

Do ponto de vista jurídico, no Brasil, somente se pode falar em função social da família a partir do advento da Constituição Federal de 1988, primeira Constituição brasileira a elevá-la à categoria de garantia fundamental do cidadão, não de forma expressa, mas por meio da hermenêutica constitucional construída a partir dos princípios fundamentais da República, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Assim, quando presente a expressão *função social da família*, de imediato deve vir à mente a mudança de paradigmas instaurada nos institutos do direito de família no sentido desta não ser mais concebida sob uma visão individualista e patrimonial, mas sob a perspectiva da pessoa humana *in concreto*, buscando atender ao desenvolvimento de suas necessidades e potencialidades a partir das relações de afeto instauradas em seu interior.

3.2 Natureza jurídica da função social

A idéia de função social como instrumento procede da própria etimologia do termo *função*. Em latim, a palavra *functio* derivava do verbo *fungor* (*functus sum, fungi*), cujo significado remete a cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar.

No que tange à natureza jurídica da função social, alguns autores preferem denominá-la *princípio*, outras utilizam-se das expressões *atributo*, *diretriz* ou *cláusula-geral* e outros autores, ainda, denominam-na de *doutrina da função social* ou *idéia-princípio* (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 4).

Crê-se que a distinção entre cláusula geral e princípio apresenta-se muito útil na aplicação do direito, eis que aquela conceitua-se como uma técnica legislativa que propicia a abertura do sistema fechado ao remeter o juiz a valores objetivos do meio social ou do próprio ordenamento jurídico, incorporando-os para dentro deste quando da aplicação do Direito ao caso concreto. "Não se trata [...] de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social" (MARTINS-COSTA, 2000, p. 299).

Não obstante do dito acima, para os fins deste trabalho, o termo função social é utilizado tanto no sentido de princípio, como no de cláusula geral, tendo em vista, sobretudo, que muitos autores consideram inexistir qualquer distinção entre ambas as categorias³.

Além disso, a despeito da natureza jurídica que se opte por atribuir à função social, classificando-a nesta ou naquela categoria, o que importa é conseguir compreender o seu real conteúdo e operacionalidade, de modo que, "a tutela da propriedade, do contrato, da empresa e da família passa a se vincular indissoluvelmente à noção de função social na perspectiva da

³ Judith Martins-Costa talvez seja a jurista brasileira que mais aprofundou o estudo acerca das cláusulas gerais, em sua obra "A Boa-fé no Direito Privado", na qual estabelece a distinção entre princípio e cláusula geral. No entanto, na mesma obra, refere a autora que há respeitável doutrina entendendo não existir tal diferenciação, a exemplo do jurista Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

legitimação do título dominial, contratual, empresarial e familiar, respectivamente" (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 4).

Importante destacar, ainda, que a função social, seja classificada como for, opera como instrumento para que o jurista interprete e aplique o direito segundo valores éticos e sociais, dada a função social que o próprio Direito (representado pelo juiz, advogado, etc.) deve desempenhar, ao acompanhar as transformações ocorridas no seio da sociedade, ainda mais quando se vislumbra que a função social é comando determinado pela Constituição Federal. A função social da família constitui, assim, via de mão dupla: volta-se para o próprio Estado, destinatário da norma constitucional, assim como também o são os pais ou responsáveis pelas crianças e filhos no âmbito da família.

3.3 Escorço histórico da função social

A mais antiga idéia de função social de que se tem notícia surgiu aplicada à propriedade da terra. Ainda que sem ser concebida como doutrina ou teoria, como atualmente, a função social teve seus primeiros traços esboçados por concepções filosófico-religiosas, tais como o Jusnaturalismo e o Cristianismo (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 120).

Na Idade Média, na doutrina cristã de São Tomás de Aquino, por exemplo, em sua *Summa Teologica*, há menção a que os bens disponíveis na terra eram de propriedade de todos, somente podendo haver posse individual de forma temporária e sem nenhuma finalidade especulativa, vez que a propriedade era concebida como um bem de produção e não como um bem inserido no patrimônio de alguém. A propriedade deveria ser usada como "uma preocupação com o bem-estar comum, de modo a conduzir o seu uso às melhores formas de justiça social" (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 120-121).

A partir dessa concepção tomista, surgiram várias encíclicas papais, a exemplo da Encíclica *Mater et Magistra* (1961), do Papa João XXIII, na qual se preconiza que a propriedade é um direito natural, que deve ser exercido conforme uma função social, não só em benefício do particular, e sim de toda a coletividade (VENOSA, 2005, p. 176).

Sob a concepção jusnaturalista, baseada na equidade e na justiça supralegislativa, colocou-se de relevo a necessidade de utilização da propriedade como instrumento da realização da justiça divina.

Contudo, a concepção liberal-burguesa, inspirada da Revolução Francesa, aniquilou todas essas concepções filosófico-cristãs. O Código de Napoleão (1804), fruto e veículo dessa ideologia, representou a afirmação máxima da função individual do direito de propriedade.

Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) considerou a propriedade um direito inviolável e sagrado, mas já em um contexto histórico diferente, o do pós-guerra, sob a égide da perspectiva social que o Direito haveria de adquirir cada vez mais a partir de meados do século XX.

O sistema teórico da propriedade burguesa, todavia, é severamente modificado pela superveniência das duas Grandes Guerras Mundiais. A Constituição de Weimar representa um marco quanto ao início do reconhecimento de uma ordem econômica e social que deveria ser bem diferente no tratamento das questões afetas à propriedade, ao contrato e à empresa (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 7).

De outra parte, a Constituição mexicana de 1917, no seu art. 27, estabeleceu que a propriedade das terras era originalmente da nação mexicana e que esta poderia transferir o domínio aos particulares, não reconhecendo tratar-se de um direito natural. Ademais, o texto constitucional mexicano não reconheceu como propriedade áreas que não cumpriam o mínimo necessário ao seu exercício, casos em que se dava a intervenção estatal para regular o aproveitamento dos recursos e elementos naturais suscetíveis de exploração, bem como promover a justa e equitativa distribuição de riqueza (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 7).

No Brasil, o legislador, primeiro episodicamente e, depois, de maneira sistemática, atuou de forma a intervir na economia, para produzir as desigualdades sociais e econômicas e atender os interesses básicos da população excluída, impondo sérias restrições às liberdades contratuais e de utilização da propriedade (GAMA; ANDRIOTTI, 2007, p. 7-8).

A visão histórica da função social no Direito Civil denota a complexidade que circunda o tema; entretanto, propicia compreender melhor a funcionalização social de institutos jurídicos antes tratados exclusivamente sob a ótica individualista e liberal.

3.4 Função social da família

Ao contrário da função social da empresa e do contrato, a função social da família, segundo esclarecem Gama e Guerra (2007, p. 36), não deriva da função social da propriedade, mas da inclusão desse grupo como base formativa da sociedade, como consta do art. 226, *caput*, da Constituição Federal. Dessarte, os valores que fundamentam sua existência, como a igualdade entre os filhos, carecem de proteção estatal e guardam especial interesse público.

Os autores apresentam como exemplo maior desse interesse o Recurso Extraordinário nº 248869/SP, julgado pelo STF, em que se reconhece o direito de o Ministério Público propor ação de investigação de paternidade por tratar-se de direito indisponível da

criança em saber o nome de seu progenitor, como espectro de sua dignidade. Destacam trecho da ementa que ilustra o acima explicado (GAMA; GUERRA, 2007, p. 36-37):

A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). [...] O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27).

A função social da família, derivando dos princípios fundamentais da República, acima de tudo o da dignidade da pessoa humana, "é um parâmetro que eleva alguns direitos elencados entre os arts. 226 a 230 à categoria de fundamentais, principalmente quando envolvem direitos das crianças e dos adolescentes [...]" (GAMA; GUERRA, 2007, p. 37).

Considerando que o Direito é um fenômeno cultural, construído, como tal, pelos valores e aspirações vigentes em um determinado momento histórico e pela experiência de vida e ideologias daquele que o aplica, pode-se inferir que todo instituto jurídico é criado tendo em vista o cumprimento de uma finalidade. Esclarecem os autores:

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 (GAMA; GUERRA, 2007, p. 126).

Assim, a sede por excelência desses valores sociais absorvidos do seio social, consubstanciados em princípios, é a Constituição Federal, norma fundamental de organização do Estado, estabelecida pelo povo e representando seus anseios.

Além da Constituição, por vezes, a função social de um instituto também é mencionada expressamente pelo legislador infraconstitucional, como a função social do contrato (art. 421 do Código Civil) e a função social da empresa (art. 116, parágrafo único, Lei nº 6.404/1976; art. 47 da Lei nº 11.101/2005).

Os autores ressaltam 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 (GAMA; GUERRA, 2007, p. 126).

Nesse sentido, é fundamental o reconhecimento de que a Constituição Federal estabeleceu como norte axiológico de todo o ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, conforme precisa análise de 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 (TEPEDINO, 2001, p. 48).

Conforme já tratado anteriormente, 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, o dever de convivência, a proteção integral da criança e do adolescente, etc.

Tendo em vista tais princípios, a família contemporânea já não pode ser concebida como um fim em si mesma, como ocorria antes do advento da Constituição de 1988, que a concebia "como um instituto em prol da própria família [...] porque o legislador entendia que aquele modelo fechado [família patriarcal, nuclear] era o único correto" (ALVES, 2007, p. 136-137). Deve, isso sim, funcionar como um instrumento, exercendo a "função de *locus* de afetividade e da tutela da realização da personalidade das pessoas que as integram" (LÔBO, 2002, p. 55). É a passagem da família-instituição para a família- instrumento.

Recorde-se que é inerente à idéia de dignidade da pessoa humana, conforme já explanado, o seu aspecto social, sob pena de cair-se em individualismo extremo. O ser humano, enquanto ser social, deve ser visto em seu aspecto individual, que merece proteção do Estado, mas também em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração com a sociedade, com o mundo exterior.

Dessa forma, em atendimento aos parâmetros ético-jurídicos insculpidos na Constituição Federal, impõe-se um novo tratamento jurídico a todos os arranjos familiares surgidos no seio da sociedade, que constituem a família contemporânea, plural,

funcionalizada, "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" (GAMA; GUERRA, 2007, p. 128, grifos nossos).

Destaca-se, neste ponto, a importância do estudo da função social da família, reflexo de um movimento em pleno desenvolvimento da atualidade, tanto no sentido teórico, jurisprudencial, como legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da trajetória percorrida pela família, desde as mais priscas eras até nossos dias, aponta as inúmeras e radicais transformações sofridas por esse núcleo de pessoas que, ao longo da história, exerceu as mais diferentes funções sociais, determinadas pelos valores vigentes em cada época.

No entanto, foi a partir da segunda metade do século XX e adentrando o século XXI que a sociedade e, por conseqüência, a família sofreu as mais expressivas mudanças, com uma velocidade nunca antes presenciada pela humanidade, dado o avanço científico-tecnológico ocorrido em todas as áreas do conhecimento, que promoveram verdadeira revolução nos costumes e valores sociais, além de pôr em xeque a própria concepção de ciência até então dominada pelos postulados cartesianos.

Hoje se vive a era pós-moderna, caracterizada pela crise de valores e princípios que pautem as relações humanas, interpessoais, sociais e familiares. É uma era que carece de um parâmetro ético que sirva de apoio para o ser humano desenvolver suas idéias e ações de forma coerente com as necessidades coletivas, não somente individuais. Há um vácuo no espaço público, as ações estão voltadas para o consumo e para o individualismo, que parecem ser os grandes valores da pós-modernidade, era das incertezas, instabilidades e volatilidades. Nada é definitivo, nada perdura, tudo é descartável, tudo se esvai.

Parece que já não servem os valores filosóficos, ideológicos e religiosos que vigoravam nos séculos anteriores, dos quais provinham as explicações às dúvidas filosóficas e existenciais do ser humano, servindo-lhe de norte para suas condutas e desenvolvimento interior, por mais díspares que pudessem ser, tal como ocorria com o Catolicismo, Marxismo ou Positivismo, só para citar alguns exemplos.

De outro lado, parece que também já não servem os postulados cartesianos da certeza absoluta e do total conhecimento humano sobre todas as coisas, que dá mostras de fragilidade, por não conseguir explicar e dar soluções plausíveis aos fenômenos pós-modernos.

Nesse cenário é que se insere a família contemporânea, fenômeno pós-moderno pautado por valores como a pluralidade, a igualdade entre filhos, entre cônjuges e companheiros, uma maior democratização das relações, menos baseadas no poder e hierarquia e mais no afeto, sendo este o motivo principal que, hoje, faz as pessoas se unirem em busca da felicidade, independentemente da existência de norma a cancelar legalmente essa união. Claro que esses novos arranjos familiares, baseados que estão em sentimentos, apresentam maior precariedade e instabilidade que os "sólidos" e duradouros casamentos de outrora; no entanto, apresentam maiores chances de felicidade das pessoas conviventes, finalidade esta que nunca constituiu elemento definidor da família matrimonializada.

Assim, a elevação do reconhecimento de uma situação fática, baseada em relações de afeto em busca da felicidade, à categoria de direito fundamental, constitucionalmente consagrado, constitui talvez a maior inovação ocorrida no Direito de Família nos últimos tempos, a desafiar a teoria e a prática jurídicas, que, por força desses novos valores, vêm se transformando e ajustando, em processo lento, mas constante.

Destaque-se, *a contrario sensu*, o verdadeiro papel de mola propulsora que está desempenhando a jurisprudência de alguns Tribunais de Justiça no sentido de assegurarem efeitos jurídicos análogos à da família matrimonializada a uniões consideradas fora do padrão convencional, como a homoafetiva, por exemplo.

Nesse sentido, o princípio da função social da família, fruto de um movimento de mudança do paradigma liberal-individualista para o paradigma social-personalista, que considera a pessoa humana o centro epistemológico da ciência jurídica, configura importante mecanismo a permitir a incorporação de valores éticos e sociais para o interior do ordenamento quando da interpretação e aplicação do Direito.

Constata-se, contudo, que a maioria dos estudos na área da função social vem se desenvolvendo na área da função social da propriedade, da qual derivam a função social do contrato e da empresa, todas positivadas no Código Civil, o que se justifica pela importância jurídica conferida à propriedade ao longo dos séculos.

Diferentemente, a função social da família não advém da função social da propriedade, mas foi pela influência dessa que se cogitou, pela primeira vez, que a família também tem uma finalidade social a cumprir, interpretação oferecida a partir da proteção e especial interesse público conferidos constitucionalmente à família (art. 226, *caput*, CF) em combinação com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Deriva, pois, dos princípios fundamentais da República, acima de tudo o da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, essa construção hermenêutica tem a força de alçar alguns direitos ligados à família, principalmente quando envolvem direitos das crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência, à categoria de direitos fundamentais, de forma que o Estado é o principal destinatário da função social da família, embora não seja o único: todos os membros da sociedade devem zelar pela promoção da dignidade das pessoas que formam a família, ao respeitarem e reconhecerem esse grupo como um verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito (DIAS; PEREIRA, 2001, p. xi).

Neste ponto, vale referir que a Hermenêutica, cerne da abordagem civil-constitucional do Direito de Família, também deve incorporar reformulações em seus conceitos, deixando de ser concebida como mera ferramenta extratora de sentidos prontos e passando a atuar dinamicamente no processo de interpretação, ao buscar as condições de produção dos sentidos segundo o contexto social em que se inserem tanto o intérprete quanto o texto a ser interpretado, priorizando, diante de cada caso concreto, os princípios como norte axiológico, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Vê-se, pois, que a existência da função social da família não está a depender de seu reconhecimento expresso em lei, já que todo instituto jurídico possui uma finalidade social. No entanto, diante das resistências oferecidas pela cultura jurídica de endeusamento da lei positivada, em muito boa hora surgiu o reconhecimento expresso do conceito contemporâneo de família em lei infraconstitucional (art. 5º, II c/c parágrafo único, Lei Maria da Penha), a reforçar a interpretação extensiva do art. 226, §§ 3º e 4º, CF.

Por força desse conceito legal, inova referida Lei, ao reconhecer expressamente a união homoafetiva (entre mulheres e, pelo princípio constitucional da igualdade, também entre homens) como entidade familiar, deitando por terra a Súmula nº 380 do STF, que promove discriminação desse núcleo familiar ao considerá-lo sociedade de fato, excluindo-os, portanto, da apreciação das Varas de Família e Sucessões.

É mister observar, neste passo, que não se está a defender que o Direito, por si só, constitui meio apto à solução dos problemas sociais e familiares; entretanto, não pode ser um meio de agravá-los, promovendo a injustiça e a discriminação. Daí a importância da interdisciplinariedade na análise dos casos de Direito de Família, bebendo o Direito de outras fontes do saber e despojando-se de sua pretensão de neutralidade e objetividade.

O Direito é ciência essencialmente humana e, como tal, não pode se distanciar da Ética, que dá suporte ao desenvolvimento de sua função promocional, em prol da realização da justiça. Ao estimular o cumprimento dos deveres éticos pelos destinatários das normas jurídicas (Estado, família e sociedade em geral), o Direito fomenta a promoção da proteção

eficaz dos direitos fundamentais e colabora para a construção de uma cultura de paz no interior das famílias, enfatizando as consequências positivas decorrentes do cumprimento das normas jurídicas, em detrimento das punições advindas de seu descumprimento. Mitiga-se, assim, a função estritamente coercitiva do Direito, que nem sempre servirá aos fins de justiça.

Sendo o foco da ciência jurídica atual a pessoa humana, concretamente considerada sob sua perspectiva social real, não se pode abstrair da noção de dignidade da pessoa humana as profundas desigualdades sociais, a miséria, a violência, enfim, todas as mazelas que acometem os chamados países periféricos, onde muitíssimas crianças sequer conseguem exercer seu direito mais fundamental: o direito a ter uma família.

De modo que a família, enquanto ente abstrato a ser protegido pela sociedade e pelo Estado, tem importância secundária diante da felicidade e do bem-estar real das pessoas que a integram. É uma meta a ser construída com a colaboração de todos, inclusive do Direito, que não se pode furtar à sua função social: a promoção de justiça. Isso se quis enfatizar.

As mudanças são lentas. E a noção de função social da família é muito recente no direito brasileiro, mas, se bem compreendida e efetivamente aplicada, constitui um instrumento jurídico importante na construção de uma cultura de paz, partindo do mais importante núcleo de pessoas existente na sociedade: a família, eudemonista, plena de dignidade e felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Lara Oleques de; LIMA, Vilma Aparecida de. **Cartilha para promoção da família. Família:** a pequena democracia no coração da sociedade. Marília: [s.n.], 2006.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 39, dez./jan. 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor jurídico do afeto: construindo o saber jurídico. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, 2006.
- BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família e *vacatio legis*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 11, Out./Nov./Dez. 2001.
- _____. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Anuário estatístico do Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. v. 61.

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/giselda_tendencias.doc>. Acesso em: 11 abr. 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.
- _____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, jan/fev./mar. 2002.
- _____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 15 maio 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional – Teoria da Constituição**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno** - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apresentação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.
- POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola, 2001.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA FILHO; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. Ensino do Direito e Hermenêutica Jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, n. 101, v. 37, Set./Dez. 2004.
- _____. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da Jurisprudência dos Valores à Hermenêutica Filosófica. **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.
- _____. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- _____. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito** – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito I** – Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- _____. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.