

O RECONHECIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DA FAMÍLIA PELO DIREITO

Melissa Andréa Smaniotto¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo identificar o conceito contemporâneo de família, bem como quais são suas atuais funções para, em seguida, verificar se o Direito as reconhece e como o faz e se possibilita o seu cumprimento. Sem a pretensão de esgotar tal reflexão, são trazidos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, nos quais é possível perceber como uma das instâncias do Poder Judiciário cuida de matéria tão relevante e delicada, cujos efeitos atingem não apenas aqueles que compõem os arranjos familiares, mas a sociedade como um todo.

Palavras-chave: família, direito, função social.

A família – em seus diversos arranjos, em que pese participe das transformações sociais, é uma instituição que permanece. Permanece, no entanto, apresenta novos contornos, que foram construídos em um contexto de inúmeros acontecimentos, aos quais o momento não nos permite remetermos.

Os operadores do Direito em geral, e me incluo nesta afirmação, constantemente saem em busca de conceitos para inúmeros institutos jurídicos, como forma de ter um ponto de partida para aquilo que pretendem utilizar. O conceito de família está entre tais institutos, pois a partir dele é permitida ou afastada a aplicação de determinados dispositivos jurídicos.

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 não trazem conceitos de família, mas apenas tipos de arranjos familiares que gozam de proteção legal. Isto porque “o legislador não consegue acompanhar a realidade social e nem

contemplar as inquietações da família contemporânea” (DIAS, 2006, p. 27). Contrariando a prática legislativa até então vigente, foi promulgada, em 07 de agosto de 2006, a Lei 11.340 (conhecida como Lei Maria da Penha²), em que pela primeira vez, o legislador torna claro o conceito de família para interpretação e aplicação de um determinado diploma legal. Este trata da violência doméstica e dispõe no artigo 5.º:

Art. 5.º 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:

[...]

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. (grifei)

¹ Advogada e mestranda em Ciências Sociais Aplicadas na Universidade Estadual de Ponta Grossa.

² Em homenagem a Maria da Penha Maia, que esperou vinte anos para ver o seu ex-marido e agressor condenado por duas tentativas de homicídio contra ela. Secretária de Estado da Mulher do Estado do Maranhão. Disponível em <<http://www.semuma.gov.br/pagina.php?IdPagina=183>>. Acesso em 22 de janeiro de 2008.

Então, para constatar que se trata de violência doméstica e familiar é preciso invocar o conceito de família acima mencionado, entendimento que pode demonstrar o contexto contemporâneo em que se encontra a família e de que família se está falando.

Em 2006, o legislador ousou conceituar família como forma de consagrar o que estudiosos - não apenas do Direito de Família, mas também de outras áreas como a Antropologia, a Sociologia e a Psicologia - vinham alertando há tempos, qual seja, o afeto como traço identificador desta espécie de agrupamento humano que se denomina de "família".

Muito antes, já lecionava, neste sentido, o Professor Luiz Edson Fachin (2003, p. 31/32):

Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

O aludido conceito dá outro enfoque aos arranjos familiares e passa a merecer reflexão pelos operadores do Direito que pretendem que o ordenamento jurídico adapte-se às inúmeras transformações que afetam, direta ou indiretamente, o âmbito familiar ou nele ocorridas.

Por outro lado, observa, com muita propriedade, Maria Berenice Dias que (2006, p. 32)

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem, não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e

indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.

Neste cenário é que se faz presente a reflexão sobre a função social da família HOJE como

[...] 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 (GAMA; GUERRA, 2007, p. 134)

A função social da família é termo abrangente, que pode perfeitamente incluir as funções de cada membro da família e desta como um todo.

Maria Helena Diniz (2007, p. 13/14) destaca os caracteres da família contemporânea: biológico, psicológico, econômico, religioso, político e jurídico, os quais são modos de se identificar algumas das funções que uma família, nos moldes anteriormente conceituados, desempenha na sociedade brasileira atual.

Em que pese as funções sociais da família existam desde as primeiras formas de manifestação da entidade familiar, o Direito não tinha uma preocupação explícita em garantir e possibilitar o exercício da cidadania e o desenvolvimento humano digno. Essa preocupação torna-se visível, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira³, além de reconhecer a família como base da sociedade e trazer inúmeras inovações a ela pertinentes, tais como a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos.

Considerando que o Estado coloca a entidade familiar nesse patamar, conseqüentemente existem funções sociais a serem desempenhadas por esta, independentemente da classificação em determinado tipo de arranjo familiar.

Função, segundo Gama (2007, P.3/4),

³ Constituição Federal de 1988, artigo 1.º, III.

tem como origem a palavra proveniente do latim, qual seja, *functio*, derivada do verbo *fungor*, que significa “cumprir algo, desempenhar um dever ou uma tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar”.

A qualificação da função como social, por sua vez, é interpretada por Gomes (1999, p.108) “como um ‘parâmetro elástico’ por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz certas exigências do momento histórico, nascidas como antítese no movimento dialético da aventura da humanidade”.

De fato, a palavra social não pode ser desvinculada da conjuntura histórica na qual está inserida, no entanto, deve-se considerar que o termo perpassa pela idéia de sociedade, coletividade, de exercer uma função ou cumprir uma tarefa não apenas com um olhar individualista, mas levando em conta os efeitos que tal ato possa gerar a outras pessoas, próximas ou não, e à sociedade como um todo.

Quanto às funções desempenhadas pela família, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome afirma que:

[...] faz-se primordial sua centralidade no âmbito das ações da política de assistência social, como espaço privilegiado e insubstituível de proteção e socialização primárias, provedora de cuidados aos seus membros, mas que precisa também ser cuidada e protegida (...) A família, independentemente dos formatos ou modelos que assume, é mediadora das relações entre os sujeitos e a coletividade, delimitando, continuamente os deslocamentos entre o público e o privado, bem como geradora de modalidades comunitárias de vida.⁴

É neste sentido que se deve verificar se o Direito reconhece as funções sociais da família e como o faz, se permite e possibilita à família, como um todo e individualmente aos seus membros, como sujeitos de direitos e obrigações, o exercício de tais funções.

É com esse olhar que os aplicadores do Direito devem tentar efetivar as inúmeras regras direcionadas à família e seus membros. Mas que regras são essas?

A Constituição Federal de 1988 reconhece no artigo 226 que a família é a base da sociedade, ou seja, o Estado se estrutura, em diversos âmbitos, a partir da organização dos arranjos familiares, inclusive protegendo-os. Essa proteção, no entanto, não se dá à família, como um peculiar agrupamento humano, mas sim é direcionada a determinados membros da família.

Há uma preocupação do legislador em reconhecer, de forma expressa, os membros da família como sujeitos de direito, o que desencadeou a criação de inúmeros microsistemas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e mais recentemente, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), anteriormente mencionada. Essa postura legislativa nos leva a perceber que as funções sociais da família sempre existiram, no entanto, se modificaram ao longo do Século XX, porque a própria estrutura familiar também se alterou.

Ainda que determinados fenômenos venham suscitando alguns questionamentos sobre a centralidade e o futuro da família nas sociedades contemporâneas, suas responsabilidades e suas funções sociais não parecem ter perdido a relevância, tanto nos países desenvolvidos, quanto nos que não chegaram a estabelecer um Estado de Bem-Estar e um sistema de políticas sociais mais consistente, como é o caso do Brasil. **Essas funções e responsabilidades seriam particularmente demandadas nas situações de adversidade** (CARVALHO; ALMEIDA, 2003) (grifei).

Nesse contexto, o que emerge dessas relações familiares não são funções apenas de

⁴ Disponível em <<http://www.mds.gov.br/institucional/conselhos1/novo-conselho-nacional-de-assistencia-social-cnas/2-politica-c-nobs/pnas.pdf?view?searchterm=pnas>>. Acesso em 07 de novembro de 2007, às 19h46min.

sobrevivência e mútua solidariedade mas, além disso, os arranjos familiares passam a ser considerados como espaços de desenvolvimento do afeto e de garantia da dignidade da pessoa humana, nas mais diversas circunstâncias, sejam favoráveis ou não.

O que merece reflexão é: como fazê-lo? Como garantir proteção à família, base da sociedade, e, simultaneamente, proporcionar a ela instrumentos que permitam o exercício desta emergente função social, qual seja, promover o desenvolvimento de seus membros, garantindo dignidade, principalmente em situações adversas, tais como: o restrito acesso à educação, a ineficácia das medidas sócio-educativas ou penas quanto à ressocialização do autor de infração, desemprego, entre outros. “O grande problema reside em se encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar” (DIAS, 2006, p. 27).

Que mecanismos poderiam ser exigidos do Poder Público para garantir que as relações intra-familiares dêem conta dessa função social e tragam benefícios para a sociedade como um todo? Qual a medida e o limite da intervenção estatal na instituição, apontada como principal responsável pela mediação entre o espaço público e o espaço privado?

Por exemplo, a Lei Maria da Penha traz a ressalva de que sua aplicação independe de orientação sexual dos envolvidos na violência doméstica. Trata-se de uma igualdade formal, porque prevista em lei. Indaga-se: como trazer igualdade material no tratamento de famílias formadas por casais homossexuais? Quantas leis ainda serão necessárias para que arranjos familiares formados por pessoas que possuem uma orientação sexual diversa do “padrão” imposto pela sociedade possam desempenhar a função social da família?

Ora, independentemente de orientação sexual, o Código Civil dispõe no artigo 1.º: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Quando se fala em sujeito de

direitos, se entende que há direito subjetivo, o qual “pode ser favorável a alguém, o que o torna **titular do direito**; ou pode ser desfavorável, o que leva ao surgimento de um **dever jurídico**” (DIAS, 2006, p. 34). Nesta linha de raciocínio prossegue a Eminente Desembargadora:

O direito pessoal de família traz a noção de **poder-função** ou de **direito-dever**, no qual ocorre a dissociação entre titularidade do poder e titularidade do interesse. Essas são noções que se afastam do conceito de direito subjetivo como sendo o direito de seu titular. O exemplo clássico é o **poder familiar**, em que o titular do interesse é o filho, sendo o genitor o titular do dever. Essa dicotomia é que leva ao conceito de **direito subjetivo da família** com característica **funcionalista**, ou seja, o titular do direito subjetivo é obrigado a exercê-lo, pelo interesse a que serve, pela função do direito que atende a interesse de outrem. Como lembra Sílvio Rodrigues, não são poucos os deveres impostos que surgem sob a máscara de direitos. Assim, o **direito subjetivo da família** não se destina exclusivamente a conceder direitos, mas atribui deveres. No entanto, o direito pessoal de família também serve ao interesse próprio de seu titular. O poder familiar, por exemplo, não é exercido apenas no interesse do filho, mas atende também à necessidade psicológica dos pais (DIAS, 2006, p. 34/35).

Reconhecida, pela lei, a pessoa como titular de direito subjetivo, bem como identificada sua inserção no âmbito familiar, é preciso investigar especificamente como os operadores que atuam perante as Varas de Família, ao analisar e manifestar-se em casos concretos, possibilitam o exercício daquela emergente função social, nas atuais circunstâncias.

O ideal seria - para se justificar o uso da expressão “o reconhecimento das funções sociais da família brasileira contemporânea pelo Direito” - analisar decisões de todas as varas de família em funcionamento no Brasil. No entanto, tal meta se mostra inviável à pesquisa que se propõe, em razão de prazos e recursos disponíveis. Como opção, poderiam ser examinados

acórdãos⁵ proferidos pelos Tribunais de Justiça Estaduais brasileiros, relativos ao Direito de Família, no entanto, alguns deles ainda não disponibilizam, via internet, tais decisões, bem como se trata de um universo extremamente amplo, que exige esmero e dedicação a longo prazo, eis que se tratam de vinte e sete Estados federados. Assim, em que pese um número restrito de recursos alcancem os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal⁶ e Superior Tribunal de Justiça⁷), é perfeitamente viável analisar os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, que, através de sua função jurisdicional, pode proferir decisões que garantam e permitam o cumprimento da função social da família, qual seja, promoção do desenvolvimento de seus membros, garantindo a eles dignidade⁸.

Por meio de pesquisa realizada no site www.stj.gov.br, em 12 de maio de 2008, através da expressão “direito de família”, foram buscadas decisões proferidas pelo STJ, desde sua constituição até aquela data. No aludido período, foram localizados 214 documentos, dos quais 194 acórdãos efetivamente referem-se à matéria envolvendo família. Dentre tais decisões, o julgamento mais antigo é de 12 de

setembro de 1989 e o mais recente de 03 de abril de 2008.

Na maioria dos julgamentos, no entanto, o Poder Judiciário foi provocado a se manifestar sobre assuntos relativos à função econômica da família, a aspectos patrimoniais e questões de subsistência, restando uma minoria em que há a preocupação efetiva com a função de garantia do desenvolvimento humano daqueles que compõem um determinado arranjo familiar.

Indubitavelmente, a questão econômica pode garantir não só a sobrevivência, mas também o desenvolvimento e dignidade à pessoa integrante de um grupo familiar, no entanto, somente em pouquíssimos casos o STJ foi instado a apreciar diretamente a função social da família, enquanto núcleo garantidor de desenvolvimento e dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, é possível apontar cinco decisões que trazem como eixo central o cumprimento ou não de tal função, a seguir sucintamente expostos.

O Recurso Especial (REsp) n.º 427.117⁹, advindo do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, discute a

⁵ Acórdão é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório proferido por um órgão colegiado (art. 163, CPC), seja ele um tribunal ou uma turma recursal. Recebe este nome porque para sua formação concorrem as vontades dos vários membros que compõem o órgão colegiado (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 223)

⁶ Detém a função precípua de controle de constitucionalidade. Sua competência encontra-se delimitada na Constituição Federal de 1988, artigo 102 (MORAES, 2006, p. 497).

⁷ O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988 e em funcionamento desde abril de 1989, é o guardião do ordenamento jurídico federal (última instância das leis infra-constitucionais). Detém competência para julgar em grau de recurso as decisões proferidas, em única ou última instância pelos tribunais estaduais, quando houver, entre outros casos, contrariedade à lei federal (MORAES, 2006, p. 521/524).

⁸ A opção pela análise de decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça justifica-se em razão das matérias que podem ser apreciadas por este Tribunal, cuja competência está delimitada na Constituição Federal de 1988, artigo 105.

⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II - Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido. Resp 427117/MS. Relator: Ministro Castro Filho. 3.ª Turma. Data do julgamento: 04/11/2003. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pcsquisar.jsp>. Acesso em 13 mai. 2008.

possibilidade de se repetir o pedido de reconhecimento de filho, a partir de investigação de paternidade, em que na primeira ação não foi realizado o exame de DNA e, por conseguinte, o aludido pedido foi julgado improcedente. Trata-se de questão atinente à coisa julgada¹⁰, relativizando-a haja vista a existência de um direito indisponível, qual seja, o reconhecimento da paternidade e, conseqüentemente, da condição de filho, que deve prevalecer sobre um instituto processual¹¹. Isto porque se de um lado, a coisa julgada proporciona segurança jurídica, por outro, o reconhecimento da paternidade não interessa apenas aos envolvidos nessa relação de filiação, mas igualmente de toda a sociedade, que poderá identificar quem são os primeiros responsáveis pela garantia do desenvolvimento e da dignidade de uma pessoa enquanto membro de uma família. Diz-se primeiros responsáveis, eis que a dignidade, enquanto fundamento da República brasileira, deve ser garantida não só pela família, mas igualmente pela sociedade e pelo Estado, inclusive no exercício de suas funções jurisdicionais.

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi apreciado o REsp n.º 603.885¹², em se discute a possibilidade de os filhos, em nome de seu pai falecido, ingressarem com

ação de investigação de paternidade em face do avô, para, após o reconhecimento da relação avoenga, terem direito ao nome e à herança respectivos. Em que pese trate-se a investigação de paternidade de ação personalíssima, ou seja, cuja legitimidade ativa para a propositura da referida ação seria exclusivamente do filho então falecido, o relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito proferiu voto, seguido por unanimidade pelos demais integrantes da 3.ª Turma, permitindo que os netos ingressassem com a aludida ação contra o avô paterno, pelo seguinte fundamento: “a jurisprudência mais atualizada tem aberto sendas em matéria de direito de família para oferecer temperamento presente o objetivo de proteger a relação familiar”. Tal proteção, ao que parece, se justifica exatamente na medida em que irá possibilitar o exercício da mais nova função social identificada: garantia de desenvolvimento e dignidade da pessoa humana, independentemente de uma efetiva convivência entre avô e netos, mostrando-se suficiente, *in casu*, o reconhecimento da origem biológica.

O pedido de indenização por danos morais em razão de abandono afetivo é a discussão apreciada no REsp 757.411/MG¹³, em que o filho, embora receba pensão

¹⁰ Esgotados ou não utilizados os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e o julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge, então, a coisa julgada [...] Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 477/478)

¹¹ Trazida na Constituição Federal de 1988, no artigo 5.º, XXXVI, integrante do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

¹² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Ação dos netos para identificar a relação avoenga. Precedente da Terceira Turma. 1. Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória “para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô” (REsp n.º 269/RS, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 7/5/90). 2. Recursos especiais conhecidos e providos. REsp n.º 603.885/RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma. Data do julgamento: 03/03/2005. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=603885&b=ACOR>. Acesso em 13 mai. 2008.

¹³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. REsp. 757.411. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 4.ª Turma. Data do julgamento: 29/11/2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 13 mai. 2008.

alimentícia do pai, não teve deste assistência moral e psíquica porque deixou de existir convivência com o seu genitor, cujo comportamento teria sido a causa dos aludidos danos. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, o qual foi reformado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para condenar o pai ao pagamento de indenização correspondente à quantia de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), fundamentada na lesão à dignidade do filho, provocada pela ausência do pai. Analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, o relator, Min. Fernando Gonçalves, acompanhado por outros dois Ministros, afirmou que “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Neste julgamento, houve um voto vencido, proferido pelo Ministro Barros Monteiro, o qual reconheceu que “decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto”. Este caso concreto é ilustrativo da questão sobre os limites da intervenção estatal sobre o cumprimento da função social família,

entendida como garantia de desenvolvimento e dignidade do ser humano, pela via da convivência e do afeto. O que se verifica é certa resistência (ou impotência?) do Poder Judiciário, *in casu*, para que se alcance tais anseios. Trata-se de uma seara extremamente delicada do direito de família.

Um adolescente que usa drogas e não frequenta escola, com o conhecimento dos pais sobre a situação foi objeto do REsp 768.572/RS¹⁴, em que a polêmica girou em torno da possibilidade de o Ministério Público ingressar com ação contra os genitores para responsabilizá-los. Em que pese o relator reconheça a legitimidade do Ministério Público, bem como a responsabilidade dos pais em relação aos filhos, ressalva que existem situações nas quais não se instrumentalizam meios para que as funções sociais da família sejam cumpridas. Não há dúvidas da atuação do Poder Judiciário nesse sentido, no entanto, em determinadas circunstâncias, decisões judiciais não são suficientes. Urge uma combinação de esforços do Estado, nos mais diversos âmbitos, bem como da sociedade, em suas diferentes organizações, articuladas às ações da família para que se efetivem as funções sociais ora discutidas.

Por fim, o REsp 916.350/RN¹⁵ trata de

¹⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa.** Frequência escolar. Matéria de direito de família. Artigo 249 do ECA. Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. 1. O art. 249 do ECA autoriza o ajuizamento da representação pelo Ministério Público para apurar a responsabilidade dos pais, não havendo fundamento para reconhecer carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. 2. No caso, se houve Termo de Responsabilidade assinado pelos pais (fl. 8) e Termo de Advertência (fl. 9), daí provocando a iniciativa da Representação ajuizada pelo Ministério Público, não se há de exigir que mais provas sejam apresentadas com a inicial. 3. Todos sabemos da ineficiência do Estado nos cuidados com a infância e adolescência, falhas até aqui políticas públicas capazes de enfrentar esse enorme desafio de criar condições concretas para prover educação e assistência aos que se encontram desamparados. Mas isso não significa alijar do cenário a responsabilidade dos pais, embora em muitas circunstâncias seja-lhes difícil dispor de meios para tanto. 4. Recurso especial conhecido e provido. REsp 768.572/RS. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. 3.ª Turma. Data do julgamento: 10/08/2006. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 13 mai. 2008.

¹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa:** Direito de Família. Recurso especial. Pedido de guarda de menor formulado pelo pai em face da mãe. Melhores condições. Prevalência do interesse da criança. - Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal - CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor. - Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado. - Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família - tanto materna, quanto paterna. - Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim,

uma disputa de guarda entre os pais de uma menina, nascida em 21/01/1997, após tentativa de exercício de guarda compartilhada¹⁶. Em primeira instância, foi proferida sentença em 20 de maio de 2004 indeferindo o pedido de guarda do pai e concedendo-a à mãe, cuja decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. O STJ, por sua vez, ao confirmar que a criança deveria permanecer com a genitora, manifestou-se da seguinte forma, nas palavras da relatora, Ministra Nancy Andrighi, cujo voto foi seguido por unanimidade:

Atente-se, ademais, tanto neste como em cada processo em que se litiga pela guarda de menor, que não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento digno, saudável e equilibrado [...] Além do mais, a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação da menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, a qual deve ser preservada.

Dos acórdãos analisados, neste encontra-se preocupação explícita com a

função social da família em questão, de forma a permitir e possibilitar o cumprimento desta, isto porque articulada à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, consagrada pela Lei 8.069/90 (ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente).

Diante de tais casos concretos, é possível afirmar que, ainda que o Direito de Família não reconheça de forma expressa na legislação as funções sociais da família, implicitamente o faz ao determinar regras dirigidas aos membros desta família. Por conseguinte, aos operadores do Direito cabe a missão de garantir e possibilitar o exercício de tais funções, em especial, daquela que garante desenvolvimento e dignidade aos integrantes dos arranjos familiares. Todavia, o Poder Judiciário depende de provocação para tanto, o que restringe sobremaneira o âmbito de sua atuação, que fica limitada àqueles que a ele têm acesso.

Deste modo, a observância e cumprimento das funções sociais da família, especificamente da garantia de desenvolvimento e da dignidade de uma pessoa enquanto membro de uma família, são reflexões que superam a elaboração das leis ou sua aplicação pelos operadores do Direito, exigindo, simultaneamente, a mobilização de esforços dos demais poderes do Estado e também dos mais diversos âmbitos da

assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02. - Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, nos sentidos mais completos alcançáveis. - Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada. Recurso especial não conhecido. REsp 916.350. 3.ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 11/03/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=916350&b=ACOR>. Acesso em 13 mai. 2008.

¹⁶ "Há um novo modelo, que aos poucos vem sendo utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos, e conseqüentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do Norte com o nome de *joint custody*. [...] Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos" (GONÇALVES, 2006, p.261)

sociedade, tais como, escolas, universidades, conselhos, igrejas, iniciativa privada, organizações não-governamentais, entre outros, para que possam ser cumpridas as funções sociais da família em benefício não só de seus membros, mas também da coletividade.

Finalizando, é oportuno ressaltar que

este trabalho não pretende esgotar a discussão sobre matéria tão relevante e delicada, da qual emanam inúmeros efeitos. Muito pelo contrário, trata-se de um convite à reflexão, de uma provocação para dirigir um olhar diferente ao estudo do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Código Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.540.
- CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; ALMEIDA, Paulo Henrique de. Família e Proteção Social. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.º 17, n.º 2, abr/jun. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000200012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 03 de dez de 2007. 21h23min.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. Salvador: Podivm, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 5.º volume: direito de família**. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). **Função social no direito civil**. São Paulo, Atlas, 2007.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume VI - direito de família**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- 1.ª **CONFERENCIA NACIONAL DA JUVENTUDE**. Disponível em www.conferenciadejuventude.com.br. Acesso em: 25 de fevereiro de 2008.
- POLÍTICA nacional de assistência social**. Disponível em <<http://www.mds.gov.br/institucional/conselhos1/novo-conselho-nacional-de-assistencia-social-cnas/2-politica-e-nobs/pnas.pdf/view?searchterm=pnas>> . Acesso em 07 de novembro de 2007, às 19h46min.
- C:/Meus documentos/Melissa/Mestrado/Estágio de Docência/O reconhecimento das funções da família pelo Direito.