

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 6

OUT/DEZ 2015

Doutrina Nacional / Aline de Miranda Valverde Terra / Daniela de Carvalho Mucilo / Daniel Bucar/ Luciano L. Figueiredo/ Paula Greco Bandeira / Rafael Ferreira Bizelli

Doutrina Estrangeira / Lorenzo Mezzasoma

Pareceres / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Heloisa Helena Barboza

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS: FUNCIONALIZAÇÃO OU COMUNITARISMO?

Patrimonials Rights: Functionalization or Communitarianism?

Daniel Bucar

Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Especialista em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino
Professor de Direito Civil do IBMEC/RJ
Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

Daniela de Carvalho Mucilo

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP
Especialista em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino
Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito do Sul de Minas
Advogada.

Resumo: O artigo busca apresentar reflexos do debate entre pensadores liberais e comunitários no Direito. A controvérsia também afeta o conceito que em doutrina brasileira se confere à função social e o ensaio apontará as divergências, seguidas de uma proposta conclusiva do debate.

Palavras-chave: Liberalismo. Comunitarismo. Função Social.

Abstract: The article aims to present reflections of the debate between liberals and communitarians in Law. The controversy also affects the concept that the Brazilian doctrine gives to the social function and the essay will indicate the differences, followed by a conclusive proposal of the debate.

Keywords: Liberalism. Communitarianism. Social function.

Sumário: Introdução – 1. Liberalismo x Comunitarismo: A Dicotomia Histórica – 2. Leitura Liberal da Função Social das Situações Patrimoniais – 2.1. Uma Nota sobre a Doutrina Administrativista: O Interesse Público – 3. Concepções Não Liberais da Função Social das Situações Patrimoniais – 4. A Função Social é Expressão do Comunitarismo Contemporâneo? – 5. Conclusão

Introdução

A previsão da função social da propriedade na Constituição da República (artigos 5º, XXIII, 170, III) e, posteriormente, a mesma função como limite da liberdade de contratar no Código Civil (artigo 421) suscita, em doutrina, o debate acerca da extensão interpretativa que deve ser conferida ao termo, cujo próprio conceito ainda atrai alguma incerteza.¹

Como medida de superação da ótica jurídica individualista,² a discussão encerra, em verdade, confronto que se confunde com a origem da própria ideia de ordenamento jurídico e traz ao ambiente de discussões duas antigas vertentes de pensamento moderno: de um lado, os liberais e, de outro, os chamados comunitaristas. Ao passo que liberais defendem o distanciamento estatal frente à liberdade dos indivíduos, os comunitaristas adotam posição de uma pretensa intervenção na esfera pessoal em prol da coletividade.

Não é, portanto, de outra forma que se desenvolve o litígio ideológico em torno da função social das situações jurídicas patrimoniais,³ acerca de cujo debate o presente estudo pretende adentrar, mediante a análise, inclusive, da acepção que liberais e comunitaristas imprimem ao tema.

1. Liberalismo x Comunitarismo: A Dicotomia Histórica

Embora os escritos acerca dos ideais comunitaristas, em contraposição aos liberais, tenham sido largamente divulgados a partir da segunda metade do século XX, a discussão encontra-se há muito enraizada no tempo, sendo possível confundir o início do debate com a própria idade moderna. Enquanto os liberais se sentem herdeiros de Locke, Hobbes, Stuart Mill e, sobretudo, Kant, os comunitaristas encontram seus pilares no pensamento de Hegel e Marx.

¹ SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. In: Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 245.

² TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: Temas de Direito Civil, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 341.

³ Unificam-se propriedade e contrato, em que incidirá a função social, no termo “situações jurídicas patrimoniais”. Compreende-se que tal função, como instrumento de qualificação da tutela a ser emprestada, não é diferenciada em razão do lócus de aplicação, seja na propriedade ou no contrato.

As premissas do pensamento liberal remontam à era renascentista europeia, quando se inicia o processo de secularização do Estado, em contraposição ao governo excessivo da nobiliarquia dinástica. A burguesia ascendente, que já gozava de prestígio por conta do acúmulo de riquezas, mas permanecia afastada do centro do poder, inicia um processo de contestação da legitimidade do poder concentrado na mão da nobreza e do clero, o que resulta na doutrina do liberalismo-individualista. A liberdade passa a ser o valor máximo ser perseguido e o movimento se espraia em vários aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, passando pelo econômico, o religioso⁴ e é refletido, finalmente, na ordem jurídica oitocentista.

Em linhas gerais, os liberais clássicos defendiam a ideia de liberdade racional a partir da consciência do indivíduo e a total desconfiança do Estado, o qual não teria outra função senão difundir e impor uma concepção de vida alheia, o que significaria um paternalismo supressor da individualidade. Para esta corrente, o Estado deve ser neutro em relação à concepção individual sobre o bem⁵ e o pluralismo de interesses deve ser apenas um dado a ser constatado - derivado das somas de visão de mundo - e não imposto ao indivíduo.⁶ De tais premissas, percebe-se que sobressai a relevância, para os liberais, das regras de mercado como fruto da liberdade (negativa), cujo valor, precedente ao próprio Estado, é assegurado por direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.⁷

A teoria liberal, portanto, valoriza o indivíduo em relação ao grupo social, o qual, autônomo, não se define por suas interdependências econômicas, sociais, religiosas, éticas, sexuais e culturais, visto que a ele é dada a liberdade de rejeitar qualquer proposição externa, por conta da sua racionalidade.

Renovado após a crise do Estado do Bem Estar social e do socialismo soviético, o liberalismo ganha novos contornos no fim do Século XX com a globalização do mercado. Hayek⁸ e, com tendência mais moderada, Rawls e Dworkin, despontam

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante. Revista Sequência, n° 50, jul. 2005, p. 12. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15182/13808>. Acesso em 10.09.2013.

⁵ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004, p. 129

⁶ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004. p. 81

⁷ “A reflexão liberal não parte da existência do Estado, encontrando no governo um meio de atingir essa finalidade que ele seria para si mesmo, mas da sociedade que vem estar numa relação complexa de exterioridade e interioridade em relação ao Estado. FOUCAULT, Michel. Resumo dos Cursos do Collège de France. Trad. Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 90.

⁸ HAYEK, F. A. A arrogância fatal. Os erros do socialismo. Versão digital disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/fahaarroganciafatal.pdf>. Acesso em 20.05.2013.

como pensadores liberais que voltam a marcar a dicotomia histórica. Ao afirmar que os indivíduos são pessoas livres e iguais⁹ e que o Estado deve ser neutro e respeitar a liberdade,¹⁰ Rawls e Dworkin, respectivamente, relêem as premissas liberais e imprimem novos contornos ao liberalismo clássico, sem, contudo, afastar de suas premissas básicas: a garantia da liberdade e da autonomia pessoal frente a um Estado que deve apenas tutelar o exercício livre deste primado.

Em contraposição às ideias liberais, o comunitarismo surge como movimento ideológico pouco após o liberalismo, sendo, por muitos, datado no pós-revoluções francesas e industrial.¹¹ Na realidade, a forma primitiva do comunitarismo é identificada na crítica marxista à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, para quem a carta, sob o pretexto de difundir a liberdade, tinha como verdadeiro objetivo proteger a propriedade burguesa. O sarcasmo marxista contra a Declaração reside na célebre constatação de que, não obstante o texto tratar de direitos dos homens, não se via na sociedade esta categoria de forma homogênea; porém, burgueses e proletários.¹²

Assim, contra a atomização generalizada do indivíduo liberal, Marx propõe uma reorganização radical da sociedade, fundada na abolição da propriedade privada com sua substituição para aquela coletiva dos meios de produção, de forma a eliminar os confrontos éticos, políticos e econômicos entre classes. É, portanto, nesta maximização do interesse da coletividade em detrimento de interesses individuais que repousa o traço de identificação do comunismo marxista com a ideologia comunitária.¹³

⁹ “Em virtude do que podemos chamar suas capacidades morais e as capacidades da razão (de raciocínio, de pensamento e capacidades de inferência relacionada com estas capacidades, dizemos que as pessoas são livres. E em virtude de possuírem essas capacidades em grau necessário a que sejam plenamente cooperativos da sociedades, dizemos que as pessoas são iguais” RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Trad.: Regis Castro Andrade. *Revista de Cultura Política* n° 25, 1992. p. 37.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Trad.: Antoni Domenèch. Barcelona, Ed. Paidós, 1993, p. 59.

¹¹ Embora possa se identificar as raízes do comunitarismo na concepção organicista, própria da Idade Média, apenas se concebe como movimento ideológico estruturado no Século XIX. PAZÉ, Valentina. *Comunitarismo*. Enciclopedia delle Scienze Sociali. Treccani. Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/comunitarismo_\(Enciclopedia-Scienze-Sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/comunitarismo_(Enciclopedia-Scienze-Sociali)/). Acesso em 12/05/2015.

¹² PAZÉ, Valentina. *Comunitarismo*. Enciclopedia delle Scienze Sociali. Treccani. Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/comunitarismo_\(Enciclopedia-Scienze-Sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/comunitarismo_(Enciclopedia-Scienze-Sociali)/). Acesso em 12/05/2015.

¹³ PAZÉ, Valentina. *Comunitarismo*. Enciclopedia delle Scienze Sociali. Treccani. Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/comunitarismo_\(Enciclopedia-Scienze-Sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/comunitarismo_(Enciclopedia-Scienze-Sociali)/). Acesso em 12/05/2015.

O início do Século XX, no entanto, apresentou dificultosas e opostas experiências comunitárias, baseadas no interesse da coletividade, que impôs a este ideário um certo asilo. Seja o totalitarismo experimentado nos países da extinta Cortina de Ferro, seja aquele imprimido pelos regimes nazi-fascistas, cuja semelhança reside no desconhecimento do valor da pessoa, a defesa de uma ideologia comunitária se tornou um tabu.¹⁴ Não obstante a presença da comunidade no Estado do Bem Estar Social, foi necessário que pensadores norte americanos reavivassem com novos argumentos teóricos para uma contraposição ao ideário liberal, conhecido com o comunitarismo contemporâneo.

Identifica-se em autores como Alasdair Macintyre, Michael Sandel, Michael Walzer, Charles Taylor, entre outros, uma teoria comunitária, com algumas variantes, em que se identifica, como elementos comum, a noção em torno de uma “prioridade à comunidade em relação ao indivíduo, na medida em que ele é essencialmente um ser produzido culturalmente”.¹⁵ Não se trata suprimir a expressão individual,¹⁶ diversamente procura-se levá-la em consideração a partir dos olhos da comunidade.

Para um cotejo sintético de ambos paradigmas, é válida a citação de Maia:

De modo simplificado, o principal traço caracterizador da grande divisão em torno da qual o debate sobre modelos de democracia vem se desenrolando na cultura anglo-saxônica é o seguinte: as vertentes liberais sublinham a importância dos direitos individuais como prioritários em relação à autonomia coletiva; já as correntes comunitarianas e republicanas asseveram – inspirados em Rousseau – a primazia da vontade coletiva em face dos direitos individuais.¹⁷

Dentre as variantes do comunitarismo, três despontam com primazia: o conservador, o universalista-igualitário e o liberal. Em resumo, enquanto o conservador

¹⁴ BRUGGER, WINFRIED. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição Alemã. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 3, n. 11. p. 55.

¹⁵ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004. p. 86

¹⁶ Muito embora a crítica é no sentido de conduzir, de forma paternalista, a autonomia. FANRSWORTH, Alan. Contracts. 4. ed. New York: Aspen, 2004. p. 29.

¹⁷ MAIA, Antônio C. Revista Jurídica da PUC-RJ. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev1antonio.html>> Acesso em 10.09.2013.

prega o respeito à individualidade quando diante de uma sociedade homogênea,¹⁸ o universalista-igualitário busca o sentido da comunidade global, nos direitos humanos, desconhecendo, inclusive, as fronteiras territoriais. Por fim, o comunitarismo liberal, que evita os exageros das duas correntes citadas, legitima os interesses da pessoa considerados a partir de um núcleo menor (família), que confere legitimidade à sociedade e, por fim, à humanidade. Pretende-se, desta forma, compreender a validade das obrigações morais a partir dos menores núcleos até alcançar toda a comunidade.¹⁹

Verifica-se que o fio condutor de ambas variantes sempre perpassa, diversamente do liberalismo, pelos interesses da comunidade, de forma que a autonomia individual somente se justifica com a validação conferida pelo grupo maior.

Para o Direito, ambas correntes imprimiram - e ainda imprimem - consequências metodológicas e interpretativas. Na realidade, é possível identificar, inclusive, ser no debate da amplitude da autonomia privada que ambas escolas surgiram e se desenvolveram:²⁰ para liberais, que concebem a liberdade como um dado pré-jurídico, a autonomia privada, protegida pelo Estado e por ele também incentivada, deverá ser imune a influências externas; já para a concepção comunitária, o exercício da auto-regulamentação apenas se legitima, se atendidos os interesses da coletividade.

Neste confronto bilateral, entretanto, é válido tratar de uma terceira via proposta por Habermas. Para o filósofo alemão, interesses individuais e coletivos, embora tidos como fenômenos contrapostos, são, em verdade, situações complementares. Mais que complementares, duas faces de uma mesma moeda, pois, além de ambas não subsistirem de per si, moldam-se e têm origem mútua e conjuntamente.

Na medida em que ser humano apenas se reconhece como tal quando inserido em sociedade e esta, da mesma forma, somente é reconhecida a partir da

¹⁸ O que seria utópico, pois na atualidade a maioria dos Estados são marcados pelo multiculturalismo. BRUGGER, WINFRIED. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição Alemã. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 3, n. 11. p. 63.

¹⁹ BRUGGER, WINFRIED. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição Alemã. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 3, n. 11. p. 65.

²⁰ “O conceito de liberdade acima exposto carrega de forma ínsita uma relação de oposição entre o exercício da autonomia privada e os então chamados limites externos ao exercício da autonomia, provenientes de leis de caráter geral com origem no poder político estabelecido. Esta relação de oposição acaba por gerar uma tensão que, de forma simplificada, pode ser identificada como a causa originária do debate entre liberais e comunitaristas, tendo-se que aqueles evocam uma visão kantiana acerca da interpretação recíproca dos conceitos de direitos do homem e soberania popular, ao passo que estes partem de uma concepção rousseauiana.” SILVA, Denis Franco. O princípio da Autonomia: da Invenção `Reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios de Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 140.

coexistência próprio ser humano, o poder de auto e heteroregulamentação, da mesma forma, surge da simbiose sociedade/homem que, mediante diálogo e concessões mútuas, partilha as competências e atribuições de regulamentação.²¹

Trata-se, em verdade, da noção de cooriginariedade dos interesses, notadamente refletidos em autonomia pública e da autonomia privada, que, defendida por Habermas,²² propõe não ser possível verificar a precedência ou sobreposição de um fenômeno em relação a outro. Em uma sociedade democrática, onde a autonomia privada constitui a legitimação para o exercício da autonomia pública - e vice-versa,²³ ambas formas de regulamentação são delimitadas simultaneamente e, através de um processo dinâmico, dialogam de modo perene.

Postas as divergências entre as escolas liberal e comunitária, bem como da terceira via habermasiana, não é indene de reflexos a interpretação que se dá à função social das situações patrimoniais no ordenamento brasileiro. Os prismas interpretativos a partir de cada visão, a propósito, são tão díspares quanto as próprias escolas.

2. A Leitura Liberal da Função Social das Situações Patrimoniais

Na medida em que condiciona o exercício das situações patrimoniais no ordenamento brasileiro, a função social ganha contornos interpretativos próprios em doutrina, a partir das lentes tingidas pela ideologia a que se filia o observador. Embora se apresente, de certa maneira, paradoxal uma leitura liberal da função social, já que, em tese e a prima facie, ambos os conceitos parecem configurar uma contradição terminológica, é possível encontrar textos que promovem a conjugação lógica e racional dos termos.

Ao assimilar a função social à supressão do exercício da autonomia privada do indivíduo, visto que própria de regimes totalitários, Sztajn é incisiva ao limitar

²¹ “Neste sentido, as identidades individuais e sociais se constituem a partir da sua inserção em uma forma de vida compartilhada, na medida em que aprendemos a nos relacionar com os outros e com nós mesmos através de uma rede de conhecimento recíproco, que se estrutura através da linguagem” CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004. p. 91.

²² HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 165.

²³ Nesse sentido: “Trata-se da codependência desses dois tipos de autonomia, vez que uma é condição para o exercício da outra”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, Corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 151.

seu significado a um compromisso moral com a responsabilidade social, reafirmando, de toda sorte, que o termo não pode ser enfrentado como limitador da liberdade contratual:

Será que um código de direito privado - mesmo que seja visto como a constituição do homem comum, na dicção de Miguel Reale - deve conter dispositivos que induzam as pessoas a agirem tendo em vista interesses de terceiros, a distribuir benesses ou agir de conformidade com interesses do Poder Público? Esse sentido que se dá à expressão “função social” no ordenamento italiano à época do fascismo. Prever função social para a empresa, assim como para a propriedade, nada mais era que meio para facilitar a intervenção ou controle do Estado sobre a atividade econômica ou a propriedade fundiária, de vez que a titularidade sobre esses bens era reconhecida na medida em que satisfizessem o interesse nacional. Contudo, os italianos, assim como os alemães, não se atreveram a ipor função social aos contratos! Foram contidos por algum sentido de prudência.

Retrospecto histórico permite constatar que recorre à “função social” é característica de regimes não democráticos (...).²⁴

Quanto ao exercício da empresa, que não se faz sem contratos, a função social que se pretende venha ela a exercer implica liberdade de contratar com responsabilidade social. Mas não se supõe sirva para comprometer a continuação e estabilidade que a atividade requer e que devem dominar a sua preservação.²⁵

Parece seguir a mesma trilha Salomão Filho. Com efeito, ao alargar o conceito analisado e entender que a função social é a própria função “de toda e qualquer relação da vida civil”,²⁶ constata-se um esvaziamento do próprio termo para permitir a manutenção do status quo. Também perfilha o mesmo entendimento Theodoro de Mello, que, embora reconheça um interesse externo na função social, entende, no entanto, que não se lhe pode permitir uma virtude solidária:

O princípio dirige-se, portanto, a inspirar a interpretação de todo o microssistema do direito dos contratos e integrar suas normas, bem como para limitar a liberdade privada, impedindo que se ajustem obrigações atentatórias aos demais princípios, valores e garantias sociais. Deverá inspirar, ainda, a interpretação do próprio ajuste, porquanto não se admitirá sua execução de modo a contrariar os

²⁴ SZTAJN, Rachel. A função social do contrato e o direito dc empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro. n. 139. São Paulo: Malheiros. p. 31.

²⁵ SZTAJN, Rachel. A função social do contrato e o direito dc empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial Económico e Financeiro. n. 139. São Paulo: Malheiros. p. 48.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. n. 132. São Paulo: Malheiros Editores. p. 13.

interesses e fins que a sociedade vislumbrou em determinado tipo contratual.

Mas não poderá o aplicador do direito arvorar-se de realizador de políticas tendentes a realizar a redistribuição de riquezas e a política social que entender mais justa. A autonomia da vontade é garantia que só cede em face do interesse público e nos termos da lei. Só a deformidade, o absurdo e o teratológico exercício do direito de contratar, que atente contra a regularidade das relações privadas e leve a aviltar os próprios fundamentos, as garantias e os valores sociais que sustentam e protegem a liberdade é que será passível de invalidação por intervenção do juiz.²⁷

Ainda sob ares liberais, mas com a internalização do discurso da análise econômica do direito, Timm segue o mesmo modelo do livre exercício da autonomia privada, defendendo, inclusive, uma reversão de paradigma contratual brasileiro, que é a proteção da parte mais fraca. Neste sentido, afirma que:

A análise econômica do Direito pode ser empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado . Esta perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços.²⁸

A interpretação econômica conferida à função social, destacada pelo trecho acima transcrito, não é decerto, desconhecida da experiência judiciária brasileira, que já teve oportunidade de subjugá-la a fatores de mercado quando se trata de situação paritária.²⁹ Tratou-se da análise de aplicação da teoria da imprevisão em contrato de fornecimento estabelecido entre produtor de soja e respectivo comprador. Por conta de inesperada valorização da soja, que já havia sido comprada e paga pelos compradores por meio de aquisição de colheita futura, os produtores solicitavam a revisão do contrato com

²⁷ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil brasileiro. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 16. São Paulo, mar./abr. 2002. p. 149.

²⁸ TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. Revista dos Tribunais. Vol. 876, São Paulo: out. 2008. p. 35.

²⁹ Aliás, constata-se uma tendência em aplicar a lógica de mercado, dissipada da função social, em situações patrimoniais entre iguais, não obstante o controle se encontrar no Código Civil: “Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. Reconhecimento da contrariedade aos princípios da obrigatoriedade do contrato (art. 1056 do CC/16) e da relatividade dos efeitos dos pactos, especialmente relevantes no plano do Direito Empresarial, com a determinação de que o cálculo dos prêmios considere a realidade existente na data em que deveriam ser pagos. (...)”. STJ, 3ª Turma, REsp 1.158.815/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 07.12.2012.

fundamento em prejuízos que teriam com a manutenção do preço anteriormente acordado. O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, não obstante pudesse ser resolvido à luz da teoria suscitada, optou por analisar os fatos à luz da função social, relegando-a a segundo plano na interpretação contratual:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.³⁰

Sob perspectiva diversa, mas ainda em tom liberal, é possível identificar em doutrina tendência que, apesar de reconhecer um papel limitador da função social, defende a permanência de um núcleo mínimo de liberdade, onde se entrincheira a vontade do titular da situação patrimonial, imune a controle externo. Neste sentido, Arruda Alvim:

Penso também que apesar de profundas limitações que vieram se avolumando no mundo inteiro em relação ao direito de propriedade, há um núcleo essencial e irreduzível desse direito, na linha do que é extensamente reconhecido na Alemanha, através da sua doutrina e pronunciamentos de seu tribunal constitucional.³¹

A constatação da permanência de um núcleo duro e inatingível da situação patrimonial, com efeito, também chegou a ser abraçado pelo Poder Judiciário no pós-Constituição de 1988. Cuidou-se de analisar a irregularidade de desmatamento ocorrido em propriedade rural, a qual, no entanto, foi considerada lícita em razão da impossibilidade da intervenção externa no seu exercício:

O fato de o legislador constitucional garantir o direito de propriedade, mas exigir que ela atenda a sua função social (art. 5, XXIII) não chegou ao ponto de transformar a propriedade em mera função e um pesado ônus e injustificável dever para o proprietário. Lembra Celso Ribiero Bastos, nos seus Comentários à Constituição de 1988, que:

o primeiro ponto a notar é que o Texto acabe por repelir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver no nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em de um direito do

³⁰ STJ, 3ª Turma, REsp. 783.404/GO, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. em 28.06.2007.

³¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Função Social da Propriedade. Principais Controvérsias no Novo Código Civil. Editora Saraiva, São Paulo, 2006. p. 21

particular, seria um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever.³²

Portanto, em que pese a própria função em análise portar consigo um adjetivo social, a leitura liberal se inclina a compreender tal acepção como uma forma tendente a eliminar a autonomia, para o que faz alerta quanto ao perigo totalitário da expressão e seu viés anti-econômico. Contudo, um discurso neste sentido parece negar o próprio paradigma da realidade contratual e proprietária adotada na Constituição da República. Quanto a este ponto, retorna-se mais adiante, sem antes, porém, analisar o percurso da função social nos passos empreendidos aos olhos de publicistas.

2.1. Uma Nota sobre a Doutrina Administrativista: O Interesse Público

Se para civilistas a função social guarda uma pretensão de limitar a liberdade do exercício das situações patrimoniais; aos administrativistas, a sua previsão na Constituição da República e no Código Civil, dá lastro à ampliação da denominada doutrina da intervenção do Estado na propriedade privada, o que se faz em nome de um interesse público.

Nesta linha, Baptista, apoiada no festejado administrativista espanhol Garcia de Enterría,³³ adverte que:

Nos dias atuais, ante a necessidade de se atender à função social prevista na norma constitucional, é imperioso reconhecer que a propriedade privada se acha mais e mais constricta a dar conta de diversas finalidades de interesse público, somente sendo assegurada na medida em que forem atingidos tais fins.³⁴

Refletindo as vertentes doutrinárias que tratam o tema, o Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de se manifestar quanto à aplicação da função social, atrelada a um interesse público, cogitando, inclusive, na prevalência deste sobre o direito privado:

³² STJ, 1ª Turma, REsp. 32.222/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 21.06.1993.

³³ Para o citado jurista, a intervenção, justificadora da função social, de pauta em três níveis: delimitação administrativa, limitação administrativa e potestatividade ablativa real (expropriação). GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Curso de derecho administrativo, 9. ed., Madrid: Civitas, 1999, v. 2. p. 103.

³⁴ BAPTISTA, Patrícia F.. Limitação e Sacrifícios de Direito: O conteúdo e as Consequências dos Atos de Intervenção da Administração Pública sobre a Propriedade Privada. Revista de Direito (Rio de Janeiro), v. 7, 2003. p. 63.

2. (...) Prestar contas significa demonstrar e comprovar todos os componentes de débito e de crédito vinculados à relação jurídica estabelecida entre as partes. Tratando-se de contrato de compra e venda de ações colocadas no mercado em razão de programa de desestatização, cabe ao ente financeiro responsável pela operação prestar contas sobre a transação efetuada, informando a quantidade de moeda utilizada na aquisição, datas, preços, a efetiva entrega para a Câmara de liquidação e custódia; re-venda das ações e a que preços; quais os dividendos recebidos; o saldo do empréstimo por ocasião de sua liquidação, sem prejuízo de outras informações que advieram do ajuste firmado.

3. A função social do contrato veta seja o interesse público ferido pelo particular.

4. Recurso especial não-conhecido.³⁵

A manutenção do critério de interesse público e a ótica intervencionista, entretanto, além de reinaugurar o discurso liberal, não condiz com uma contemporânea concepção de autonomia privada em um ordenamento que reconhece eficácia das normas constitucional, retirando-lhe um papel meramente político (próprio do liberalismo).

Com efeito, a visão de intervenção/não intervenção, tal como posta, influenciou - e ainda influencia - todo o aparato dogmático do direito privado, encontrando na concepção do direito subjetivo, notadamente na denominada teoria dos limites externos desta situação jurídica, o seu ápice acadêmico.³⁶ Por esta teoria, entende-se que o direito subjetivo é tutelado pelo ordenamento jurídico, na medida em que não transborda os limites de atuação que a lei lhe impôs. Assim, dentro daquele limite e sem a intervenção do Estado, a autonomia da vontade é soberana, encastelada e é apenas condicionada ao puro interesse egoísta do indivíduo, sem qualquer influência externa.³⁷

³⁵ STJ, 4ª Turma, REsp 1062589/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 24.03.2009.

³⁶ Em doutrina brasileira, é possível identificar como defensores desta teoria: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 8: “O direito subjetivo, em verdade, não constitui nem poder da vontade, nem interesse protegido, mas apenas um poder de agir e de exigir determinado comportamento para a realização de um interesse, pressupondo a existência de uma relação jurídica. Seu fundamento é a autonomia dos sujeitos, a liberdade natural que se afirma na sociedade e que se transforma, pela garantia do direito, em direito subjetivo, isto é, liberdade e poder jurídico”. DINIZ, Maria Helena. *Curso Geral de Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 26. ed.. São Paulo: Saraiva. p. 11. “O direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser, ou não usadas por elas”.

³⁷ A conhecida frase “a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro” é própria para ilustrar o que aqui se expõe. Seu autor, Herbert Spencer, conhecido pela teoria do darwinismo social, é figura expoente do pensamento liberal do século XIX e bem demonstra a concepção negativa da liberdade, adotada pela teoria dos limites externos do direito subjetivo. A frase original, “every man has freedom to do all that he wills, provided he infringes not the equal freedom of any other man” encontra-se em SPENCER, Herbert. *Social Statics: or, The Conditions essential to Happiness specified, and the First*

O isolamento que a doutrina jurídica moderna e liberal impôs à autonomia, a ponto de submetê-la ao arbítrio da vontade, fez surgir o dogma da suposta não intervenção estatal sobre seu exercício, contrapondo-a, portanto, à ideia de heteronomia. Sob este aspecto, nenhum fator externo poderia condicionar a autonomia, que, como direito moral nato, precederia a heteronomia. No entanto, conforme já se advertiu, interesse público e interesse privado³⁸ são espaços simultâneos e complementares, que não permite, em uma situação estática, a verificação de uma proeminência de um em relação a outro. Cabe simplesmente à axiologia do sistema, encontrada no Texto Fundamental, valorar o exercício, ou não, da situação patrimonial.

Assim, uma concepção positiva ou negativa da intervenção, tende a reeditar o discurso do liberalismo, apartando a Administração Pública e seus interesses da própria sociedade, tal qual inspiraram-se os liberais clássicos.

3. Concepções Não Liberais da Função Social das Situações Patrimoniais

Para analisar outras três interpretações conferidas à função social, opta-se por generalizá-las sob um viés negativo de adesão à concepção liberal, visto que não é possível, de pronto, assimilá-las a uma vertente comunitarista.

A primeira corrente não liberal é identificada por aqueles que defendem ser a função social - especificamente - do contrato uma forma de ratificação do compromisso de equilíbrio das prestações do ajuste.³⁹ Ainda seguindo a trilha do equilíbrio, mas não das prestações e, sim, da vulnerabilidade de algum contratante, Azevedo afirma que:

A intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco.

of them Developed. London: John Chapman, 1851, p. 67. Disponível em <http://oll.libertyfund.org/title/273>, acesso em 10.10.2013.

³⁸ Como se ainda fosse possível manter a summa divisio. Em sentido que não mais existe: PERLINGIEIRI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional; tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

³⁹ “A aplicação da função social ao contrato deve, portanto, garantir o equilíbrio das prestações”. WALD Arnoldo. Revista Trimestral de Direito Civil. A dupla função econômica e social do contrato. Rio de Janeiro: Ed. Padua, Ano 5, Vol. 17, jan/mar 2004, p. 5

(...)

O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade contratar) deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz proteger o mais fraco, na contratação, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.⁴⁰⁴¹

Esta perspectiva, portanto, tende a imprimir os reflexos da função social internamente aos contratos, não havendo efeitos externos e tampouco aceitando influência de interesses estranhos aos contratantes.⁴²

Em contrapartida, uma outra vertente imprime à função social dos contratos uma modulação ao princípio de sua relatividade. Significa dizer que o contrato, inserido no tecido social, propaga seus efeitos a terceiros além das partes contratantes.⁴³ No entanto, não obstante se tenha buscado garantir uma tutela externa do próprio crédito, acaba por fortalecer a própria posição dos contratantes, visto que a relativização do vínculo intersubjetivo também teria o condão de impor a terceiros o respeito ao próprio contrato.⁴⁴

Por fim, identifica-se uma terceira corrente, da mesma forma não liberal, para a qual a função do social das situações patrimoniais agrega ao controle de sua proteção, a avaliação se há no pacto a observação de interesses coletivos. Neste sentido, Azevedo afirma que a função social determina a ineficácia superveniente do

⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). Revista Jurídica n. 4, abr. 2003, São Paulo: LTr. p. 11.

⁴¹ Honorários de 50%. A interpretação do instituto da lesão deve ser sempre promovida em conjunto, no Código Civil, com todas as normas legais que estabelecem cânones de conduta, como a do art. 421 (função social do contrato), 422 (boa-fé objetiva) e 187 (vedação ao abuso de direito). Na hipótese dos autos, a necessidade da recorrente era clara. Ela pode ser constatada, tanto pelos termos de sua petição inicial, na qual descreve situação de penúria, notadamente em função do vício de seu filho em entorpecentes, como na inicial da ação de execução ajuizada pelos advogados em face da recorrente (fls. 31 a 37, e-STJ), na qual pode se destacar a seguinte passagem:(REsp 1155200/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011)

⁴² KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 43. Rio de Janeiro, jul./set. 2010. p. 3

⁴³ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio De Janeiro: Renovar, 2006, p. 245 e ss.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 398.

pacto quando para tanto concorrer qualquer uma das seguintes hipóteses: a “impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato, (...), juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio-ambiente, concorrência, etc.) e a lesão à dignidade humana”.⁴⁵

Mais incisivo na abertura do controle externo quanto ao merecimento de tutela, Tepedino, quanto à propriedade, afirma que o atendimento à sua função social ocorre pela utilização dos bens privados e o consequente exercício do domínio, com respeito e promoção das situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas.⁴⁶ E, na mesma linha, mas em sede contratual, Konder afirma que a referida função preserva interesses extracontratuais socialmente relevantes, preenchidos pelos princípios da dignidade, livre iniciativa, igualdade substancial e solidariedade social (consumidores, livre concorrência, meio ambiente e às relações de trabalho).⁴⁷

Embora díspares entre si, as três correntes acima se destacam do liberalismo clássico, na medida em que, além de não reconhecer um espaço de liberdade contratual imune a controle externo, propõem uma leitura com uma prospecção de interesses externos ao ambiente individualista do contrato.

4. Conclusão: A Função Social é Expressão do Comunitarismo Contemporâneo?

Entendido o comunitarismo contemporâneo como um conjunto de ideias em que a comunidade é legitimada para conceber o justo sem, no entanto, suprimir a expressão individual (como feito em regimes totalitários), parece que, tomada a função

⁴⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 832, fev. 2005. p. 133.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, n. 37, jan/mar. 2009. p. 141.

⁴⁷ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 43, jul./set. 2010. p. 68. Note-se que o autor compartilha da mesma opinião também esboçada por Tepedino, para quem a função social do contrato “*deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3, III) e da solidariedade social (art. 3, I) – objetivos da República, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos*”. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 399.

social como internalização, nas situações patrimoniais, de interesses coletivos para legitimar o seu exercício, é lícito encontrar na função social um dos reflexos deste ideário.

No entanto, afora esta vertente de pensamento, nenhuma outra acepção teria respaldo na doutrina comunitária; da mesma forma, se tomar por consideração correntes comunitárias tendenciosas a suprimir o valor individual, também não se poderia encontrar semelhança em uma compreensão mais solidária da função social, visto que a expressão da pessoa, não é eliminada pelo referido controle.

Portanto, apenas haverá compreensão da função social como reflexo de ideais comunitários se e quando houver sintonia entre o solidarismo próprio da função social, com o respectivo interesse coletivo do comunitarismo, sem jamais suprimir uma liberdade pessoal, a qual sempre será tutelada na medida e na forma do próprio ordenamento.

Recebido em 01/02/2016

1º parecer em 02/02/2016

2º parecer em 14/02/2016