



Bruno Vargas dos Santos

**FUNÇÃO SOCIAL:
Conceituação e implicações em direito**

IPATINGA/MG

2021

BRUNO VARGAS DOS SANTOS

**FUNÇÃO SOCIAL:
Conceituação e implicações em direito**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Diego Castro.

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA/MG**

2021

Dedico este trabalho acadêmico à minha noiva e futura esposa Thalyta Alvarenga, por todo amor, carinho, apoio e críticas construtivas, sem você minha vida seria escura e fria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço minha noiva Thalyta Alvarenga por todo amor, carinho e apoio que recebo em todos projetos que me proponho a executar. Agradeço meus pais, José Mario dos Santos e Rejane de Vargas dos Santos, pelos valores transmitidos e pelos ensinamentos sobre a importância da honestidade e do trabalho duro. Agradeço, ainda, meu irmão Arthur Vargas dos Santos e minha madrinha Carmen Lúcia de Vargas, por me mostrarem que nenhuma dificuldade é penosa demais para quem quer alcançar seus objetivos. Por fim, agradeço meus filhinhos caninos Jimmy e Tessa por encherem meu coração de positividade e esperança. Todos foram importantes do início ao fim desta jornada acadêmica e sem vocês eu nada seria.

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar o conceito da função social, suas implicações e como deveria ser manuseada pelo aplicador do direito. A motivação para a realização da pesquisa é a realidade jurídica em nosso país, em que nunca esteve tão em voga o ativismo judicial que coloca em descrédito o próprio direito e o judiciário brasileiro. Tal ativismo usa como combustível valores morais, éticos e de justiça, de modo que o próprio sentido da norma é desprestigiado. Não há, de fato, uma ponderação de valores, mas uma imposição de acordo com a vontade e anseios pessoais do próprio aplicador do direito, haja vista que, assim, surgem reais injustiças e grande insegurança jurídica. Por isso, entender a razão de ser do conceito detém grande relevo jurídico. A pesquisa realizada foi jurídico-teórica, já que a solução do problema foi buscada a partir da análise dos dogmas jurídicos. Quanto à abordagem, foi utilizado o método qualitativo, pois houve análise dos conteúdos das teorias existentes publicadas. Quanto à técnica utilizada, considerou-se a documental, visto que foram utilizadas como fontes obras listadas nas referências. O que se observou ao longo do trabalho é que há ferramentas para ser traçado um critério objetivo para interpretação e manuseio da função social no direito brasileiro.

Palavras chave: Função Social. Binômio. Direito Civil Constitucional. Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais. Cláusulas Gerais. Ativismo judicial.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	11
2.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais	12
2.1.1 Eficácia direta e indireta	14
2.2 Cláusulas gerais	17
2.3 Crítica à discricionariedade judicial	18
2.3.1 Critérios de aplicação	21
3 FUNÇÃO SOCIAL	24
3.1 Função social na constituição federal de 1988	24
3.2 Função social nas leis	29
3.3 Função social pela doutrina	33
3.4 Definição objetiva da expressão função social	35
4 APLICAÇÃO CONCEITUAL	37
4.1 Função social da propriedade	37
4.2 Função social do contrato	39
4.3 Função social da família	41
4.4 Função social da empresa	42
5 CONCLUSÃO	44
 REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, diversos institutos jurídicos foram elevados ao patamar de Direito Constitucional, sobretudo, no que se refere aos direitos fundamentais e sociais.

Nesse tocante, parcela da doutrina advoga a favor da dicotomia entre a constitucionalização do direito civil ou civilização do direito constitucional. Isso, pois, a nossa constituição refletiu em seu texto disposições já consagradas pelo Direito Privado, como a família, a usucapião, a propriedade e outros. Assim, reside o questionamento, em relação à referida dicotomia, se teria o constituinte buscado no direito privado a inspiração para erigir seus dispositivos ou, em sentido contrário, teria o constituinte apenas reproduzido e elevado disposições de Direito Civil ao patamar de Direito Constitucional.

Ainda, nessa esteira, mesmo que o projeto do Código Civil de 2002, comandado por Miguel Reale, tenha sido aprovado no ano de 1984, teve o legislador sensibilidade e cuidado para que o *codex* refletisse adequadamente os novos valores constitucionais. Com isso, o novo código deixou de lado o ideal de indivíduo abstrato e passou a tratá-lo como sujeito concreto (pessoa humana), prestigiando, assim, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e outros valores éticos e morais clamados pela sociedade. Ao intérprete visitar as disposições do Código Civil de 2002, deverá interpretá-las à luz da Constituição Federal de 1988, assim, nasce o que a doutrina chama de Direito Civil Constitucional.

Nesse sentido, a constituição não só é a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico, mas também é o ponto de partida para a interpretação de todo o Código Civil, já que, repita-se, não se trata mais de um sujeito em abstrato, trata-se, agora, de uma pessoa humana. Nessa releitura, é a pessoa humana que detém personalidade, patrimônio e família.

Não obstante as colocações postas, não há de se olvidar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tão debatida na doutrina. Em síntese, os direitos fundamentais surgiram como um contrapeso ao comportamento estatal, em outras palavras, são freios à supremacia da força estatal. Nesse sentido, o Estado não só é o titular da coerção e credor de obrigações, como também deverá garantir a seus administrados direitos inerentes à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade.

O poder estatal “vem de cima para baixo”, ou seja, há a primazia da supremacia do interesse público sobre o privado. Todavia, entre privados não há de se falar de hierarquia entre indivíduos, já que todos são iguais perante a lei. Fala-se em eficácia horizontal, pois, sucintamente, é perfeitamente possível aplicar disposições relativas a direitos fundamentais entre privados, os quais, repita-se, estão em igualdade perante a lei.

Exemplificando a questão anterior, ainda que não seja requisito expresso em lei, verificar-se-á, entre particulares, a função social da posse e da propriedade ao examinar uma usucapião, uma vez que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a propriedade, assegurou que essa seria garantida, se fosse atendida a sua função social.

Além disso, detém relevo o fato de a família ter sua função social, assim como os contratos terem sua função social, ao invés de simplesmente se apegarem ao famoso brocardo latim do *pacta sunt servanda*. Em Direito Empresarial, inclusive, é debatida a função social da empresa, funcionando como um balizador da atividade empresarial, de modo que a atividade empresarial deve ter por fim não apenas a circulação organizada de riquezas.

Afinal, o que é função social? E de que modo o operador do direito poderia/deveria compreendê-la, interpretá-la e aplicá-la?

A presente pesquisa tem por condão expor o instituto da função social e questionar como o operador do direito, deixando de lado valores morais e filosóficos, tendo em vista tão somente o arcabouço jurídico disposto, pode/deve aplicar o instituto.

Obedecendo ao exposto, este trabalho será organizado como apresentado a seguir.

O primeiro capítulo terá como ponto de partida a exploração da chamada Constitucionalização do Direito Civil. Em decorrência disso, será exposta a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e como as chamadas cláusulas abertas em direito, compreendidas como janelas abertas, são tratadas como instrumento de operabilidade e aproximação de valores à norma. Por conseguinte, passa-se aos critérios de aplicação dessas cláusulas abertas e os problemas da discricionariedade judicial.

O segundo capítulo adentrará na construção e conceituação do termo função social, tendo em vista este ser uma cláusula geral em direito. O conceito será

buscado após pesquisa em doutrina, leis e Constituição, de modo que haverá uma proposta de definição objetiva do termo.

No terceiro capítulo, será apresentada a aplicação concreta do conceito estudado, sendo que a presente pesquisa colocará em foco a função social de propriedade, contrato, família e empresa.

Por fim, na conclusão serão apresentados os resultados decorrentes das análises realizadas em todo conteúdo do trabalho.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constituição Federal de 1988, também chamada por Ulysses Guimarães de *Constituição Cidadã*, marcou o início de uma nova era no Brasil, de modo que foram deixados para trás os atos institucionais do governo e, atendendo a anseios políticos e sociais, foi oficialmente instaurado um estado de bem estar social. Esse estado de bem estar social, erigindo a dignidade da pessoa humana como valor supremo em nossa ordem jurídica, conferiu proteções e garantias em favor do cidadão frente à atuação estatal, tendo em vista o estigma social e político vivenciado no Brasil.

Nesse espírito de consagração da pessoa humana como valor supremo de nosso ordenamento jurídico, bem como o nascimento de um estado centrado em defender os direitos do cidadão, o Código Civil de 2002 foi produzido buscando valorizar a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade, de modo que passou a dialogar diretamente com o texto constitucional.

Desse modo, houve o rompimento do pensamento individualista, patrimonialista e por vezes arcaico com relação à personalidade e família, de maneira que a nova visão filosófica reside em enaltecer preceitos éticos no Direito Privado, valorizar a solidariedade em detrimento do individualismo, além de conferir simplicidade e efetividade no que diz respeito à interpretação e aplicação dos institutos jurídicos.

Nos ensinamentos de Gustavo Tepedino¹:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Ainda, segundo lições do aludido jurista²:

Na atualidade, a crença no chamado "papel constitucional" do Código Civil e no "individualismo como verdadeira religião", característicos das codificações liberais, dão lugar à tutela da pessoa humana de acordo com as suas necessidades existenciais, a partir de uma releitura do direito civil à luz da Constituição, "de maneira a privilegiar (...) os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua

¹ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas, in Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

² Idem. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República - vol. 1 - 3ª ed. rev. e atual. / Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais" (Gustavo Tepedino, "Premissas" , p. 22). Assim, por intermédio de intensa legislação extracodificada, volta-se o ordenamento não mais para o "indivíduo", abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma ele assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, III) e da igualdade substancial (art. 3º, IV). Nessa perspectiva merece proteção especial do ordenamento a criança e o adolescente (L. 8.069/90), o consumidor (L. 8.078/90) e assim por diante.

Nesse tocante, inaugurou-se a metodologia do Direito Civil Constitucional, pela qual deve o hermeneuta visitar o Código Civil de 2002 relendo seus dispositivos à luz da Constituição Federal de 1988. Nota-se que não há ponderação ou sopesamento de valores ou princípios, mas diálogo de fontes, sem qualquer sobreposição.

Em breves linhas, assim adverte Flávio Tartuce³:

Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados à luz da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise de mão dupla.

Assim, a base fundante do Direito Civil Constitucional visa à tutela da dignidade da pessoa humana, à proteção da solidariedade social e à promoção de igualdade, seja formal, seja material.

2.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são concebidos em nossa constituição como proteção ao cidadão frente à atuação estatal, compreendendo as atividades legiferantes, jurisdicionais e vinculando os afazeres do Poder Executivo, de modo que vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade são guarnecidas.

Mais que isso, nas lições de José Afonso da Silva⁴:

A expressão direitos fundamentais do homem, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou

³ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

⁴ AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 38ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014

autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

Assim, de maneira exemplificada, é lícito ao cidadão ter a vida que desejar, devendo abster-se de realizar apenas aquilo que a lei proibir, sendo sua personalidade, imagem e intimidade asseguradas; sua liberdade transcende a livre circulação e locomoção, de modo que também é livre para pensar, emitir opiniões, associar-se, filiar-se a convicções filosóficas, manifestar-se pacificamente, dentre outros; a propriedade material e imaterial são asseguradas, sendo a pequena propriedade rural especialmente protegida, de modo que ao estado não é lícito intervir arbitrariamente em propriedade privada; deve o cidadão ser protegido pelo estado, o qual deve proporcionar, inclusive, meios coercitivos para assegurar tal proteção; a igualdade deve ser assegurada formal e materialmente, não se admitindo qualquer discriminação em razão de gênero, cor, religião, etnia, orientação sexual, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

Em complemento, segue brilhante ensinamento do aludido constitucionalista⁵:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Desse modo, os direitos fundamentais trabalham em prol da dignificação do ser humano, suas liberdades e consagração da igualdade.

Nesse sentido, os direitos fundamentais se encaixam como uma luva aos preceitos axiológicos de eticidade, operabilidade e sociabilidade, de modo que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais torna possível toda a metodologia do Direito Civil Constitucional.

Partindo do princípio de que os direitos fundamentais não são apenas freios e defesas da atuação estatal contra o particular, mas também instrumentos para realização da pessoa humana, é mister reconhecer a existência de aplicação de tais direitos em relações entre privados.

Logo, os efeitos da norma não se resumem a refletir verticalmente. Para os civilistas modernos, restou ultrapassada a ideia no sentido de que os direitos fundamentais se destinam a orientar o agir estatal e servir como um escudo contra

⁵ Ibidem.

ataques arbitrários da supremacia daquele, pois devem ser aplicados horizontalmente, entre particulares que são iguais perante a lei, visando à promoção da pessoa e o valor de sua vida, a defesa de sua liberdade e sobretudo a promoção da igualdade entre os indivíduos.

Nessa esteira de raciocínio, preleciona Flávio Tartuce⁶:

Por certo é que essa eficácia traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

Portanto, compreende-se eficácia horizontal dos direitos fundamentais a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em relações entre privados, tendo em vista serem iguais, perante a lei, na medida de sua desigualdade, tendo por fim promover valores constitucionais e, acima de tudo, proteger a dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Eficácia direta e indireta

Merece relevo questão debatida na doutrina e já ventilada pelo Supremo Tribunal Federal, a saber, o entendimento da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, como aplicar e em que medida.

Fala-se em eficácia direta quando a aplicação da teoria dos direitos fundamentais ocorre de maneira imediata nas relações privadas, vinculando diretamente os sujeitos da relação jurídica do mesmo modo que o Estado se vincula frente ao administrado. Diametralmente, fala-se em eficácia indireta quando a aplicação da teoria dos direitos fundamentais ocorre de maneira mediata nas relações privadas, ou seja, os direitos fundamentais são tratados como meios para concretização do direito e não com o fim de resolver diretamente conflitos privados.

Jurisprudencialmente, é possível vislumbrar que o STF tem adotado a orientação da eficácia direta, ou seja, aplicação imediata dos dispositivos constitucionais entre privados.

⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

Ao julgar o RE nº 158.215/RS⁷, o Supremo deparou-se com o caso de um membro que foi expulso de uma cooperativa sem o atendimento das garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa, de modo que aquele tribunal decidiu pela aplicação direta – imediata – do direito fundamental de ampla defesa e contraditório, já que tal membro não poderia ser expulso sem que fossem assegurados tais direitos no curso do processo.

No julgamento do RE nº 161.243/DF⁸, o *exce/so* entendeu que o estatuto social de determinada companhia não poderia dispor sobre diferenciações de benefícios entre nacionais e estrangeiros, de maneira que o princípio de autonomia não configura argumento legítimo para sustentar tal discriminação.

Concluindo os exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, no RE nº 201.819/RJ⁹, o Supremo entendeu que os direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa deveriam ser aplicados diretamente. Eis a ementa daquele julgado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA

⁷ Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996

⁸ Rel. Min. Carlos Veloso, DJ de 19/12/1997

⁹ Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/10/2005

ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Pelos termos expostos no aludido julgado, nota-se que o Supremo asseverou expressamente que *os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.*

Nota-se, portanto, que o caminho do STF é no sentido de aplicação direta (imediate) dos direitos fundamentais entre privados.

Em que pesem as brilhantes lições do Supremo ao se debruçar sobre o tema, merece relevo a crítica de parcela da doutrina civilista.

Isso, pois, a eficácia direta dos direitos fundamentais levaria a uma troca da autonomia pela heteronomia, ou seja, a vontade dos sujeitos na relação privada seria trocada pela vontade do Estado em determinadas situações, subvertendo o ideal central de autonomia do Direito Privado.

São pertinentes as críticas de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal ao aduzirem que¹⁰:

Advirta-se, porém, que a interpretação do Direito Civil através da normatividade constitucional não pode significar uma asfixia da autonomia privada, restringindo a liberdade de autodeterminação de cada sujeito. Não se pode permitir, por exemplo, que o juiz altere a manifestação de vontade, validamente externada, para, em nome de conceitos vagos e abertos, decorrentes de cláusulas gerais constitucionais, criar um novo modelo jurídico, superando a autonomia privada - que é pedra angular do Direito Civil. Não pode, enfim, se permitir decisões judiciais que relativizam a

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal - 15. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

vontade exteriorizada, lastreadas em conceitos vagos, não raro ambíguos e relativos a compromissos menos densos da própria Constituição.

Situações que podem ser resolvidas satisfatoriamente através da utilização dos institutos do Direito Civil não precisam migrar para o Texto Constitucional, sob pena de violar a autonomia privada. Seria o exemplo de uma cláusula abusiva em contrato de plano de saúde. Através dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato já se pode dirimir o conflito, declarando a nulidade da cláusula sem necessidade de um banalizado uso da dignidade humana ou de valores constitucionais que poderiam se mostrar mais retóricos do que concretos para o caso, na medida em que há solução satisfatória no próprio sistema do Direito Civil.

A crítica e a visão dos referidos juristas em muito contribuem para que a metodologia do Direito Civil Constitucional seja compreendida e aplicada de maneira mais técnica e objetiva, pois, assim, evitam-se distorções e deturpações de princípios e valores constitucionais, além de privilegiar a autonomia privada, a qual é peça fundante do direito privado.

2.2 Cláusulas gerais

Cláusulas gerais é a nomenclatura utilizada para definir a técnica legislativa pela qual o legislador, propositalmente, adota regras abertas, imprecisas, genéricas e vagas, de modo que, assim, enunciará valores e remeterá a princípios. Deixa-se de lado o positivismo kelsiano com um sistema fechado e estático (como o Código Civil de 1916) e adota-se a visão tridimensional realeana, levando o intérprete a examinar fato, valor e norma (espírito de Código Civil de 2002).

Dessa maneira, o sistema se torna aberto e dinâmico, sendo capaz de dialogar com valores éticos, morais e sociais, haja vista que nem sempre a norma apenas por ser norma resolverá o caso, como idealizava Kelsen. Esse sistema, por ser dinâmico, permite a constante resolução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina, seja pela atividade legislativa. Nesse sentido, as cláusulas gerais suprirão anseios de uma sociedade em constante evolução, mantendo conceitos atualizados.

Nas lições de Flávio Tartuce¹¹, *as cláusulas gerais podem ser conceituadas como janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso.*

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes expõe que¹²:

¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) que serviriam de porta de entrada (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito dos direitos privados.

Portanto, as cláusulas gerais são instrumentos para concretização dos direitos fundamentais nas relações entre privados, de maneira que emprega vida ao texto legal e serve como mecanismo para penetração de valores e dispositivos constitucionais.

Destaque-se que as aludidas cláusulas gerais, quando invocadas, poderão importar em relativização de direitos já assegurados e imposição de deveres entre privados, de acordo com o caso, pois tal mecanismo não importará, por si só, mero incremento de direitos.

Como exemplos de cláusulas gerais, são de grande relevo a boa-fé, os bons costumes, a equidade e a função social, a qual é objeto da presente pesquisa. Tais conceitos, embora positivados, detêm significação aberta, cabendo ao legislador, magistrado e demais operadores do direito buscar em outras disciplinas (filosofia; sociologia) ou diplomas legais o sentido da norma para poder aplica-la.

Por esse breve levantamento, expôs-se o papel das cláusulas gerais no ordenamento jurídico e como este instrumento serve de porta de entrada para os direitos fundamentais transitarem nas relações entre particulares, sobretudo, tem-se que as cláusulas gerais são manejadas como instrumento de operabilidade do Código Civil de 2002, de modo a torna-lo mais simples e sua aplicação mais acessível.

2.3 Crítica à discricionariedade judicial

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) / Gilmar Ferreira Mendes. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Este é o ponto de reflexão deste trabalho acadêmico e o que demonstra a importância de a cláusula geral da função social ser objetivamente definida ou, ao menos, deter padrões que orientem o aplicador do direito.

A metodologia do Direito Civil Constitucional, como desenvolvida até o presente momento, levando em consideração a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação mediata/imediata, bem como as cláusulas gerais, possibilitam ao hermeneuta a penetração de uma vastidão de direitos fundamentais no âmbito privado.

Além disso, as cláusulas gerais, como idealizadas, servem como janelas abertas, logo, por janelas abertas podem passar borboletas, beija-flores e raios solares, assim como podem adentrar aranhas, lagartos e chuvas torrenciais. Em outras palavras, sem filtros qualquer coisa pode passar por essa janela. Esse é o grande problema da discricionariedade judicial, pois as razões de decidir do magistrado não devem ser pautadas por sua vontade pessoal em um determinado momento, tampouco por ideal político que julga adequado em determinada fase de sua vida.

Ainda que tenha uma postura negacionista em relação à discricionariedade judicial, Eros Roberto Grau, em sua obra intitulada *Por Que Tenho Medo de Juízes*, traz importante ponto de partida desta crítica¹³.

Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade judicial é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.

É pela via do indiferente jurídico – o não ser jurídico – que se critica a discricionariedade judicial, pois o magistrado, como responsável por tornar a norma jurídica abstrata em norma concreta, não deve subverter o texto positivado tampouco procurar tornar concreta a norma por vias não jurídicas, buscando respaldo em suas convicções políticas, religiosas, morais ou até mesmo criar exceções não previstas pelo ordenamento.

¹³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios / Eros Roberto Grau.- 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2016.*

Com certa acidez, Lenio Streck, em *Verdade e Consenso*, tece críticas pertinentes à discricionariedade judicial¹⁴.

Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito. Isso se dá, basicamente, porque, como bem demonstra Losano, no Século XX “a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”. Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelsiano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento em comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda).

E o aludido jurista gaúcho ainda vai além¹⁵:

Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de ativismos judiciais para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”.

Nesse sentido, há de se reconhecer a independência funcional do julgador, todavia esta não deve ser pretexto para o intérprete/juiz desprestigiar normas com o fim de atender vontades pessoais, visando à realização daquilo que entende por justo ou necessário para suprir deficiências estatais.

O compromisso do intérprete é com a Constituição e as leis, as quais são sagradas em um ordenamento jurídico sob a égide do civil law. A Constituição é o ponto de partida e também é a primeira fonte normativa a dialogar com todo o corpo jurídico. Poderá o julgador afastar a aplicação de uma determinada lei, total ou parcialmente, por ser contrária à Constituição, mas jamais abandonará preceitos constitucionais ou negará aplicação à Constituição.

Todavia, se não afastar a constitucionalidade da norma, não deve o aplicador ser omissivo ao texto legal ou se pronunciar contrariamente, pois, repita-se, é compromisso do magistrado zelar pelas leis e sobretudo pela Constituição.

Caminhar pelo caminho inverso levará o intérprete a cometer arbitrariedades, de modo que subverterá todo o estado democrático, o qual, saliente-se, é de direito e não de social, moral ou religioso.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* / Lenio Luiz Streck. – 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵ *Ibidem*.

2.4 Critérios de aplicação

O caminho para afastar as referidas arbitrariedades, eclodidas pela discricionariedade judicial, é a fixação de standards, ou seja, padrões técnicos que orientem a atuação do intérprete/juiz.

Este trabalho acadêmico propõe três padrões como solução para o problema, de modo que possa ser obtida uma coesão conceitual e a metodologia do Direito Civil Constitucional possa ser manuseada de maneira hígida e com segurança jurídica.

O primeiro deles, na esteira do que foi exposto pelo jurista Lenio Streck, é o intérprete não se pronunciar *contra legem*, ou seja, diversamente daquilo que as leis e a Constituição previram, ainda que não se desconheça a possibilidade de determinada norma ser declarada inconstitucional em controle difuso ou ocorrerem mutações constitucionais. A força normativa que autoriza o direito é a mesma que o desautoriza.

O segundo critério, nos termos defendidos por Nelson Roselvald em palestra disponível em plataforma eletrônica online¹⁶, diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação. Nas lições do doutrinador em comento, devem ser vislumbradas as assimetrias do caso concreto, de maneira que quanto maior a assimetria entre as partes maior será aplicação dos direitos fundamentais, ao passo que quanto maior a simetria menor será a aplicação dos direitos fundamentais e mais deverá ser preservada a autonomia privada. Desse modo, quanto maior for a assimetria da relação jurídica mais direta/imediata será a aplicação dos direitos fundamentais frente à autonomia privada. Como exemplo, cite-se a hipossuficiência do consumidor em relações de consumo (maior assimetria – eficácia imediata como tendência) e contratos interempresariais entre privados (menor assimetria – eficácia mediata como tendência).

Essa eficacização deve levar em conta o peso de cada indivíduo na relação jurídica, sob pena de supressão da autonomia privada ou deterioração de direitos, a cada caso.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. Conceitos Fundamentais de Direito Civil - Nelson Roselvald - Direito Civil Constitucional. 2020. (44min22s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z0sx4GsYFG8&t=2171s>>. Acesso em: 20/01/2021

O terceiro critério, também defendido por Roselvald na palestra de referência, diz respeito à natureza jurídica do bem tutelado. Nesse tocante, aspectos existenciais, referentes a direitos da personalidade, intimidade e vida pessoal, ficam no campo da privacidade do sujeito, de modo que não cabe intromissão de direitos fundamentais no âmbito da autonomia privada do agente, pois dizem respeito à sua própria trajetória de vida. Como exemplo, cite-se o divórcio como hoje é tratado em nosso ordenamento.

Por certo, questões que influam tão somente na vida pessoal e trajetória de vida daquela a quem a norma se dirige devem privilegiar ao máximo a autonomia privada.

Por fim, concluindo o raciocínio de Nelson Rosenvald, nas questões patrimoniais, a autonomia privada deverá ser maior quando se vislumbrar bens supérfluos e menor (maior aderência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais) quando se vislumbrar bens essenciais. Imagine a situação do sujeito que adquire joias e acessórios vendidos por marcas de alto padrão, a relação jurídica consubstanciada pela compra e venda detém natureza contratual e com pouquíssima aderência a direitos fundamentais. A relação se resolve no âmbito privado em nada reclamando a irradiação constitucional. Em sentido contrário, imagine a situação em que o indivíduo adquire medicamentos e alimentos para consumo, nesse caso, têm-se bens existenciais que fazem alusão não só à saúde do consumidor, como também indicam ser necessários para sua vida sadia. Nesse caso, de acordo com a natureza dos bens na relação de consumo, há maior aderência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação tende a ser direta/imediata.

Perceba-se que a relação de consumo, apenas por sua natureza, não autoriza plena abertura para aplicação de direitos fundamentais, o bem jurídico transacionado é que deve determinar o alcance da eficacização das normas constitucionais.

Essas propostas, por óbvio, não são estáticas e admitem constante renovação e evolução, porém não devem ser admitidos modelos livres em que o intérprete/julgador atue de maneira meramente voluntária (arbitrária), sob pena de distorção dos institutos jurídicos e até subversão das normas constitucionais e legais.

Ante o exposto, os standards (padrões) são importantes ferramentas para que a metodologia do Direito Civil Constitucional e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por intermédio das cláusulas gerais, sejam aplicadas e manuseadas sem que ocorra submissão a discricionariedades e arbitrariedades não desejadas.

3 FUNÇÃO SOCIAL

Este é o momento em que o presente trabalho acadêmico detém suficiente maturidade para traçar uma definição objetiva da cláusula geral denominada função social, tomando por base a metodologia do Direito Civil Constitucional.

De todas as fontes possíveis para ser alcançada uma definição do termo função social, há consonância com relação ao núcleo essencial do instituto jurídico, qual seja, o ideal de sociabilidade.

Ao ler e interpretar a expressão função social, o exercício intelectual deve ser dirigido no sentido de que não mais se fala em um direito individual absolutista; o exercício de um determinado direito será balizado e relativizado pelo espírito de sociabilidade.

De maneira exemplificativa, como será visto mais adiante, a propriedade do indivíduo deverá observar e respeitar sua função social. É assegurada a autonomia do sujeito para usar, dispor, fruir e reaver a coisa, todavia deverá fazer não de maneira egoística, mas de modo que conviva harmoniosamente em sociedade, sem causar lesão a outros indivíduos nem frustrar a destinação que objetivamente se espera da coisa.

Nesse tocante, já é possível vislumbrar a mão dupla da função social, pois do mesmo modo que os sujeitos coletivamente são credores desse direito, no sentido de que a próximo observe a função social, noutra lado, individualmente, aqueles mesmos sujeitos são devedores da obrigação de respeitar e defender a função social no exercício de seus atos jurídicos. O indivíduo é credor de seus direitos individuais perante a coletividade, assim como é devedor da função social em relação à coletividade.

A seguir, serão postas definições da expressão função social em nos termos da Constituição Federal de 1988, das leis, da doutrina e, por fim, será proposto um conceito objetivo da expressão função social.

3.1 Função social na Constituição Federal de 1988

O constituinte deu especial atenção à função social da propriedade, consagrando-a como direito fundamental e princípio geral da atividade econômica.

Pelo texto constitucional, é assegurado o direito à propriedade, todavia este direito é condicionado e relativizado pela observância à função social que a propriedade deverá atender.

Perceba-se que a propriedade deve ser interpretada em seu sentido amplo, devendo contemplar bens materiais e imateriais, de modo que alcança não só bens imóveis, móveis e heranças, como também alcançará criações industriais, marcas e patentes, além de reprodução de vozes e imagens.

A proteção constitucional à propriedade é ampla porque assim desejou o constituinte, tendo em vista ter produzido um texto sem delimitar qual espécie de propriedade fazia menção. Nesse caminhar são as lições de José Afonso da Silva¹⁷:

Já estudamos a função social da propriedade, quando examinamos o conteúdo do disposto no art. 5º, XXIII, segundo o qual “a propriedade atenderá a sua função social”. Isso aplicado à propriedade em geral significa estender-se a todo e qualquer tipo de propriedade. O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese.

A função social é indissociável ao direito de propriedade, por ordem daquele mesmo constituinte, o qual idealizava um estado de bem-estar social no qual a solidariedade é um dos seus valores mais significativos. Nesse sentido, o bem capitalista não atenderá apenas aos interesses do indivíduo egoisticamente, já que deve haver harmonização dos interesses individuais com os interesses coletivos e difusos.

Tais raciocínios são extraídos ao analisar que a Constituição Federal, no rol de seu artigo 5º, dispôs que¹⁸:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Mais adiante, no art. 170, incisos II e III da Carta Magna¹⁹, ao tratar sobre os princípios gerais da atividade econômica, é possível verificar que o constituinte, novamente, garante ao administrado autonomia para usar, gozar, fruir e reaver sua

¹⁷ AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à constituição. 9ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

¹⁸ Art. 5º, CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁹ Art. 170, CF/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

coisa privada, porém aquele que detiver a propriedade privada deverá fazer observando a função social. É equivalente a dizer que, naturalmente, a autonomia privada do indivíduo no exercício de seus direitos ao uso, gozo, fruição e reivindicação será sempre relativizada e mitigada pela função social da própria coisa.

O estado protegerá e garantirá o direito de propriedade do indivíduo, entretanto apenas se este observar a função social de sua propriedade.

Não bastasse toda a dogmática relativa à função social permeando o direito de propriedade, o constituinte tratou de advertir quando o indivíduo deixaria de cumprir a função social de sua propriedade urbana.

Ao tratar sobre política urbana, o art. 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal²⁰ elucida que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Primeiramente, tem-se que se trata de uma norma de eficácia limitada, pois depende de regulamentação via plano diretor municipal. Outra ponderação cabível é entender que a Constituição é mais restritiva neste ponto, já que este capítulo de política urbana versa sobre imóveis urbanos, nus ou edificados, e se preocupa com o regular desenvolvimento urbanístico. Segundo lições do já aludido constitucionalista mineiro²¹:

O art. 182, §2º, menciona expressamente a propriedade urbana, inserida com contexto de normas e planos urbanísticos, vinculando sua função social à ordenação da cidade expressa no Plano Diretor. Com essa norma a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação.

Do mesmo modo que a Constituição previu quando o imóvel urbano deixaria de cumprir sua função social, há previsão no sentido de quando o imóvel rural deixará de cumprir a sua função social.

²⁰ Art. 182, CF/88. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

²¹ AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à constituição. 9ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

Com relação ao imóvel rural, o constituinte foi direto e claro ao dispor que o imóvel rural atenderá à sua função social quando for produtivo. A função social do imóvel rural é produzir riquezas necessárias à sobrevivência humana, de modo que o produto (sua riqueza) servirá ao coletivo.

Mais ainda, deverá haver harmonia daquela propriedade com o meio ambiente, o qual deve ser compreendido em seu sentido ambiental, social e de trabalho, segundo o art. 186 da Constituição Federal, *in verbis*

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Importante salientar que se trata de uma norma de eficácia contida, pois norma infraconstitucional balizará o exercício do direito e a imposição do dever.

Repise-se o ideal de solidariedade constitucional, pelo qual, neste caso especificamente, coloca a função social como um contrapeso ao produtor de riquezas, o qual não irá produzi-las egoisticamente a custas de lesar direitos individuais, difusos e coletivos.

Merece destaque o desenho kelsiano de conduta e sanção erigido pelo constituinte, já que, nos termos do art. 184, caput²², será desapropriado, para fins de reforma agrária e por interesse social, o imóvel rural que não estiver cumprindo a sua função social, de modo que apenas não estarão sujeitos a tal medida as propriedades produtivas e aquelas compreendidas como pequenas e médias propriedades rurais, nos termos de lei específica. As exceções em referência estão expostas no art. 185 e seguintes da Constituição Federal²³.

²² Art. 184, CF/88. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

²³ Art. 185, CF/88. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a

Levando em consideração as colocações postas, tem-se um norte para o intérprete compreender quando a função social da propriedade de imóvel urbano ou rural não seja atendida, de modo que a própria Constituição Federal indica o que deve passar por aquela janela aberta.

Não menos importante, o constituinte impôs ordem direta ao gestor público municipal para que, ao executar políticas de desenvolvimento urbano, observe o objetivo do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Por função social das cidades, é irretocável a seguinte lição de José Afonso da Silva²⁴:

A questão está em saber exatamente o que são funções sociais da cidade. A cidade é a projeção da sociedade sobre um local, caracterizando-se, assim, como forma de organização de uma comunidade local bem definida como um centro de consumo e um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais. Mas, se toda cidade se caracteriza por esses elementos, nem todas os têm desenvolvido harmonicamente, porque algumas são vocacionadas para o desenvolvimento industrial, outras para o desenvolvimento dos serviços, outras para o turismo, o lazer, a religiosidade. Essas vocações é que definem as funções sociais da cidade.

Para finalizar o presente tópico, é pertinente destacar que a Constituição em seu art. 173, parágrafo 1º, inciso I²⁵, estabeleceu que a lei disporá sobre a função social das empresas estatais e suas subsidiárias, sendo que aquelas poderão ser organizadas sobre a forma de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Assim como o privado que explora atividade econômica detém sua autonomia mitigada pela função social, o estado, ao explorar diretamente atividade econômica, também estará sujeito à função social daquela companhia. Nota-se, aqui, clara vinculação a princípio geral de ordem econômica e como a função social permeará toda e qualquer espécie de propriedade, de maneira que pouco importará se o proprietário é pessoa de direito público ou privado.

O controlador estatal estará vinculado ao interesse coletivo que ensejou a fundação da companhia, assim como deverá, sempre, observar a função social daquela. Todavia, no que toca sobre a função social, o constituinte deixou claro que

propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

²⁴ AFONSO DA SILVA, José. Comentário Contextual à constituição. 9ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

²⁵ Art. 173, CF/88. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

esta será delineada nos termos da lei, consubstanciando verdadeira norma de eficácia contida, de modo que forçará o intérprete a manusear lei e Constituição de maneira conjunta.

3.2 Função social nas leis

As leis para a função social possuem dois horizontes distintos: o primeiro, mediante delegação do constituinte, é dizer o que significa a função social propriamente dita, ao passo que o segundo, por opção técnica do legislador, é instituí-la como uma cláusula geral, de modo que o texto manter-se-á perene e a norma transcenderá gerações.

Quanto ao primeiro ponto exposto, este tópico, inicialmente, tratará de preencher o significado de função social à luz do exercício legiferante expressamente delegado pelo constituinte, de modo a dar continuidade aos pontos abordados no tópico anterior.

Quando o tópico anterior abordou sobre a função social da propriedade urbana, nos ditames constitucionais, pontuou-se que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

A fim de exemplificar, verifica-se que a Lei Municipal nº 3.350/2014, a qual versou sobre o Plano Diretor do Município de Ipatinga/MG, em seu art. 3º e seguintes, acatou o comando constitucional e previu quando a propriedade urbana atenderá à sua função social, nos seguintes termos:

Art. 3º A propriedade urbana deve atender à função social, mediante sua adequação aos critérios de ordenação Territorial e às diretrizes previstas nesta Lei, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos, quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

Parágrafo único. Para cumprir sua função social, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, o uso da propriedade urbana deve atender, no mínimo, às seguintes condições, segundo critérios estabelecidos nesta Lei:

I - ser compatível com os usos, a infra-estrutura e os equipamentos e serviços públicos disponíveis, atendendo aos parâmetros urbanísticos definidos pelo Ordenamento Territorial;

II - contribuir com a qualidade do ambiente urbano, natural e cultural;

III - promover a segurança, o bem-estar, a saúde e a vida com qualidade de seus moradores, usuários e vizinhos; e

IV - cumprir função econômica, desde que de forma sustentável.

Como já colocado, ratificando o texto legal acima, a expressão função social persegue um ideal de sociabilidade, bem como tem a função de ser um contrapeso ao individualismo. Há de se concluir, ainda, que cada município em território nacional, acatando o comando constitucional, terá sua própria definição de função social da propriedade urbana, sem que isso gere qualquer conflito, tendo em vista a autonomia dos entes.

Com relação à função social da propriedade rural, a Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), a qual foi recepcionada pela Constituição posterior, em seu art. 2º e seguintes, traçou objetivamente quando aquele imóvel rural cumprirá sua função social, nos seguintes lindes:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Nota-se que o intérprete/juiz obrigatoriamente deverá ter em mãos Constituição e lei para definir o parâmetro de função social das propriedades urbanas e rurais, assim como os requisitos, constitucionais e legais, deverão ser aferidos cumulativamente e simultaneamente, sob pena de não ser atendida a função social. Mais uma vez é possível observar, tanto no texto legal quanto no constitucional, o ideal de sociabilidade em detrimento ao individualismo.

Já se falou no tópico anterior que as empresas estatais, por expresse comando constitucional, deverão atender à sua função social, a qual será estabelecida por lei. A lei que o constituinte se refere foi editada apenas em 2016 e instituiu o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mistas e suas subsidiárias. Essa lei é a nº 13.303/2016, sendo que em seu art. 27 e seguintes

dispôs, expressamente, em capítulo próprio, quando a função social será atendida. Nestes termos:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

Como é cediço, observa-se o papel das empresas estatais como instrumentos de realização de almejado bem-estar social, de modo que em relação a elas é ainda mais latente aquele ideal de sociabilidade, tendo em vista o objeto precípua da estatal em servir o coletivo.

Do mesmo modo como é com as estatais, a Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A), em seu artigo 154²⁶, impôs ao administrador da companhia o dever de cumprir a função social da organização. Todavia, a referida lei não conceituou o que seria o cumprimento daquela função social, de maneira que se caracteriza como uma cláusula geral. Comprova-se, neste momento, como a cláusula geral confere perenidade à norma e possibilita sua vida entre diferentes gerações, pois o texto editado no ano de 1976 ainda possibilita plena aplicação capaz de atender aos atuais e futuros valores e anseios sociais.

Adentrando às cláusulas gerais de função social elencadas em lei, a fim de afunilar o escopo deste trabalho acadêmico, recorreu-se apenas ao Código Civil de 2002.

O atual Código Civil foi direto ao assentar que a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato, *in verbis*:

²⁶ Art. 154, Lei das S/A. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Verifica-se clara cláusula geral deixada propositalmente pelo legislador, já que a lei não define o que é essa função social do contrato. Essa técnica legislativa, como já explanado neste trabalho acadêmico, é proposta de Miguel Reale para que, por intermédio do tridimensionalismo do direito, o conceito de função social do contrato não se torne obsoleto com o tempo, ao mesmo turno em que empodera o intérprete, o qual ficará encarregado de conferir significado à expressão função social relativa aos contratos.

A função social do contrato será objeto de abordagem e conceituação no próximo capítulo deste trabalho acadêmico.

Ainda que não previsse expressamente observância à função social, o Código Civil, ao tratar sobre propriedade, expôs que o direito à propriedade será exercido em consonância com suas finalidades sociais, assim como veda o exercício do direito à propriedade que lesar outrem. Eis a redação legal:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Mesmo que não se vislumbre a janela aberta, nota-se alusão à expressão função social ao tratar sobre finalidades sociais. Ademais, como já explanado alhures sobre o ideal de sociabilidade da função social, nota-se que o legislador determinou o abandono do individualismo, já que o exercício do direito à propriedade não deve atender egoisticamente o interesse individual do proprietário, mas também interesses difusos e coletivos. Vislumbra-se de maneira mais destrinchada, assim, o atendimento ao espírito da função social.

Assim como o contrato, a função social da propriedade será explorada em capítulo próprio.

Por fim, é importante analisar a redação do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil de 2002:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Em que pese o cuidado do legislador em preservar a autonomia privada e a segurança jurídica de atos e negócios jurídicos, verifica-se que o atendimento à função social prevalecerá sobre a estabilidade jurídica destes atos e negócios, consolidando a função social como verdadeira norma de ordem pública.

3.3 Função social pela doutrina

O doutrinador detém a função de orientar o caminhar do intérprete do direito, na medida em que problematiza, apresenta padrões intelectivos, soluções aos casos concretos e, sobretudo, contribui para que as discussões permaneçam em constante evolução.

Em publicação literária de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald, baseados em obra de Orlando Gomes, há interessante ponto de partida para delinear a essência da expressão função social, veja-se²⁷:

A teoria do abuso *do* direito somente despontou *no final do século XIX*, como superação de concepções individualistas, que entendiam o direito subjetivo como poder da vontade e da expressão maior da liberdade individual, e, assim, ilimitado. Concedida a liberdade e a autodeterminação ao ser humano racional, deveria ele, eventualmente, arcar com a responsabilidade pelas condutas ofensivas ao ordenamento jurídico e, portanto, ilícitas. A introdução do abuso do direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido.

Construída pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do século XX, a teoria do *abuso de direito* deita nítidas raízes no Direito medieval, identificado nos atos emulativos (*aemulotio*), denominação emprestada àqueles atos praticados pelos proprietários ou vizinhos com o objetivo de prejudicar a terceiros. Através das normas da *oemulatio* foi relativizado o direito subjetivo de propriedade (até então compreendido em caráter absoluto), buscando-se verdadeira função social.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Roselvald - 15. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

O *leading case*, em matéria de abuso do direito, data de 1912. É o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, no qual foi acolhida, expressamente, a teoria do abuso de direito. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam. Julgando a causa, o Tribunal reputou abusiva a conduta do titular do domínio, vislumbrando exercício anormal do seu direito de propriedade

A essência teórica exposta pelos aludidos doutrinadores é a que melhor parametriza a construção de um entendimento sobre função social e a natureza dúplice da função social. Referir a função social como dever do titular em exercer direito individual sem lesar direitos coletivos e difusos é o caminho mais adequado para observar a função social sem anular ou mitigar demasiadamente a autonomia privada. Isso, pois, o atendimento aos interesses coletivos e difusos ocorre de maneira mediata; cumprir função social não significa e não deverá significar serviência ao coletivo, mas relativização de um direito individual e da autonomia privada do indivíduo, de modo a se instaurar verdadeira harmonização social.

Com uma lição mais direta e precisa, Flávio Tartuce, ao tratar sobre a função social dos contratos em seu Manual de Direito Civil, consignou que²⁸:

A palavra função social deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*)

Sutilmente, nota-se a maneira em que o referido doutrinador coloca a função social como balizador/mitigador à liberdade do indivíduo em transacionar e firmar negócios jurídicos.

Sobre propriedade, preciosas são as seguintes lições de Orlando Gomes²⁹:

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir que pela necessidade de abandonar a concepção romana de propriedade, para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política de limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a

²⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

²⁹ GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004

vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal rerum divisio tradicional. A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis.

Aqui ganha destaque a diferenciação que o jurista fez entre limitação do exercício de propriedade à luz da função social e os bens de produção, tendo em vista que os bens de produção terão sua função social transmutada de acordo com a finalidade pretendida no tocante à produção do bem. A lição é brilhante e alude àquela lição já exposta por José Afonso da Silva, quando diz que a função social das cidades deve levar em conta sua vocação natural.

Frise-se que o ideal capitalista de produtividade é desejado, mas, ao colocar a função social da propriedade privada como princípio constitucional geral de ordem econômica, deve o bem não só atender às necessidades dos indivíduos (raciocínio piramidal de Maslow), mas também à finalidade que se espera.

Como exemplo, tome-se o sujeito que detém glebas de terras para a plantação de tomates e pastos para gado leiteiro. A função social dessas propriedades é a produção dos frutos, os quais detêm por finalidade suprir necessidade alimentícia, ao passo que o cultivo de cannabis (ainda ilegal no Brasil) ou o uso desmedido de químicos na produção de leite e derivados (alusão à operação leite compensado) terão o condão de desviar a finalidade da propriedade e dos meios de produção. A primeira por utilizar propriedade produtiva para o cultivo de ilícito; a segunda por não entregar o gênero alimentício próprio a suprir necessidade básica de alimentação, levando em consideração esta ser a finalidade esperada.

Ressalvadas as definições expressas pela Constituição e pelas leis, as quais demandarão exercício hermenêutico do intérprete no caso concreto, este trabalho acadêmico, ao preencher a cláusula geral de função social, sem dar de ombros ao ideal de sociabilidade, filiar-se-á àquelas lições expostas por Chaves e Rosenvald, pois constitui visão que não gera sobreposições e submissões de direitos e liberdades individuais, haja vista que apenas mitiga e relativiza o exercício do direito, sem deixar de respeitar direitos coletivos e difusos.

3.4 Definição objetiva da expressão função social

Sem recorrer a maiores divagações temáticas, quando a Constituição e a lei expressamente definirem como conceituar e aplicar o instituto da função social, devem aquelas ser privilegiadas, de modo que caberá ao hermeneuta (intérprete/juiz) extrair a norma dos textos e aplica-la ao caso concreto.

Todavia, ao deparar-se com uma cláusula geral, deve ser examinada a vocação natural e a natureza do bem jurídico tutelado, a (as)simetria das partes na relação jurídica e, nas questões patrimoniais, deve ser visto quão essencial ou supérfluo é o determinado bem, de modo a ajustar a eficacização constitucional e axiológica (em sentido amplo) ao caso concreto.

Por todo o exposto neste trabalho acadêmico, antes de adentrar à aplicação prática da expressão função social em propriedade, contratos, família e empresa, propõe-se a seguinte definição objetiva do termo: função social é um instrumento de relativização de direitos e mitigação da autonomia, na medida em que baliza o exercício de direitos individuais a fim de harmoniza-los com interesses coletivos e difusos, sem que isso importe em serviência da autonomia privada/interesse individual a interesses coletivos ou difusos.

4 APLICAÇÃO CONCEITUAL

O presente capítulo terá por condão aplicar o conceito de função social construído até aqui, haja vista toda a exposição teórica e metodológica que conferem maturidade para que este trabalho acadêmico conceitue a função social de propriedade, contratos, empresa e família.

4.1 Função social da propriedade

A propriedade é direito constitucionalmente assegurado e elevado ao patamar de direito fundamental, a qual, segundo definição empregada pelo Código Civil de 2002, é a faculdade conferida ao indivíduo para usar, gozar, dispor e reivindicar determinada coisa.

Em espécie, a propriedade deverá ser considerada em seu sentido amplo, levando em consideração coisas corpóreas e incorpóreas, já que o constituinte não delimitou proteção específica, de modo que agasalha toda e qualquer espécie de propriedade.

Como já visto, a propriedade deverá atender à sua função social, a qual constitui relativização do direito de propriedade, mitigação à autonomia privada e, sobretudo, ferramenta que visa à prevenção de abusos de direito.

Quer-se dizer que o direito de propriedade torna o proprietário individualmente credor da riqueza detida, tendo em vista que exige proteção estatal sobre determinada propriedade, ao mesmo tempo em que é devedor da obrigação de harmonizar a finalidade de sua propriedade com interesses coletivos e difusos. Nesse sentido, a função social trabalha como verdadeira obrigação *propter rem*.

O primeiro ponto a ser levado em consideração pelo proprietário, a fim de observar a função social, é a vocação da coisa a qual é proprietário, ou seja, qual a razão de existir da coisa. Toda criação, seja natural, seja artificial, detém uma razão de existir, sendo, assim, sua vocação. Esse ideal de vocação direciona o intérprete tanto ao extrair a norma dos textos constitucionais e legais, como também o auxilia na tarefa de dar sentido à cláusula geral de função social da propriedade quando deva fazer.

Vislumbra-se como exemplo a função social do imóvel rural e urbano. É possível extrair da Constituição e do Estatuto da Terra que, dentre outros requisitos,

o imóvel rural cumpre sua função social quando é produtivo. Com relação ao imóvel urbano, em alusão ao Plano Diretor do Município de Ipatinga, tem-se que nesse município um dos requisitos para ser cumprida a função social do imóvel urbano é haver contribuição à qualidade do ambiente urbano, natural e cultural.

Logo, quanto ao primeiro sua vocação é produzir riquezas capazes de atender às necessidades de indivíduos determináveis ou não, ao passo que, quanto ao segundo, sua vocação será mais ampla, de modo que pode ser direcionado para moradia, exploração de atividade econômica, o lazer, porém o ponto comum deverá ser a promoção de um sistema comunitário em que todos tenham uma vida justa e digna.

Assim, o imóvel rural que não seja produtivo, assim como o imóvel urbano que gere lesões ao meio ambiente ou seja foco de doenças ou proliferação de animais nocivos aos seres humanos não estarão cumprindo sua função social.

O segundo ponto a ser levado em consideração pelo proprietário é o exercício de seu direito sem que isso importe em abuso de direito; se há abuso de direito no exercício do direito de propriedade, então a função social não é atendida. Tome por exemplo novamente a função social do imóvel rural e urbano.

Quanto ao imóvel rural, já se verificou que a função social não será atendida quando não houver observância às disposições que regulam as relações de trabalho. Há o exercício do direito de propriedade por intermédio do uso, a terra é produtiva, todavia há abuso desse direito ao não haver respeito às disposições trabalhistas relacionadas aos colaboradores. Usar imóvel rural de modo que seja produtivo, porém fomentando trabalho escravo, importará no não atendimento à função social.

No que se refere ao imóvel urbano, o plano diretor já referenciado determina que o uso da propriedade urbana deverá ser compatível com os usos, infraestrutura, equipamentos e serviços públicos disponíveis, de maneira que atenda aos parâmetros urbanísticos definidos pelo ordenamento territorial. Hipoteticamente, no uso de sua propriedade (solo), determinado indivíduo realiza reformas buscando edificar área de seu terreno e, com isso, invade em 3 metros o terreno vizinho e 2 metros em relação à calçada (área pública). Perceba-se, aqui, que a construção não só lesa patrimônio alheio como também viola frontalmente o Plano Diretor. Assim, aquele abuso de direito importará no não atendimento à função social.

Portanto, as fontes primárias para definição da função social da propriedade são as leis e a Constituição. Quando as leis fizerem uso de cláusulas gerais, deverá o intérprete observar o binômio vocação e abuso de direito, sendo o primeiro um aspecto positivo e desejado, ao passo que o segundo deverá ser um aspecto negativo e não desejado.

4.2 Função social do contrato

O contrato, em síntese, é a composição entre as partes com uma finalidade específica.

Poucos institutos jurídicos são tão presentes no cotidiano do ser humano médio como os contratos, operações de compra e venda, comodatos, doações, enfim, muitos contratos são firmados, todavia poucos instrumentos contratuais são assinados.

Sobre contratos em geral, o Código Civil de 2002, como já mencionado neste trabalho, previu expressamente que a liberdade de contratar será relativizada pela função social do contrato em espécie.

Todavia, nem lei nem Constituição trouxeram previsão sobre quando essa função social será atendida, de modo que essa tarefa recairá sobre o intérprete. Recorrendo à doutrina, este trabalho acadêmico filia-se à posição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, já que se trata de lições coerentes com o já exposto e defendido nesta pesquisa³⁰.

A dimensão da socialização do contrato, entretanto, não se limita à ideia de “harmonização de interesses contrapostos”.

Não só neste aspecto centra-se a denominada função social.

Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a um repensar da função social da propriedade, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana.

Em um Estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá à sua função social no momento em que, sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada:

- 1) respeitar a dignidade da pessoa humana — traduzida sobretudo nos direitos e garantias fundamentais;
- 2) admitir a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes — somente aplicável aos contratos verdadeiramente paritários, que atualmente são minoria;

³⁰ Gagliano, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

- 3) consagrar uma cláusula implícita de boa-fé objetiva — ínsita em todo contrato bilateral, e impositiva dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação;
- 4) respeitar o meio ambiente;
- 5) respeitar o valor social do trabalho.

Enfim, todas essas circunstâncias, reunidas, moldam o princípio da função social do contrato, assentado no art. 421 do Código Civil, a ser estudado brevemente.

Mas há um importante aspecto que deve ser ressaltado: o reconhecimento deste princípio não significa negação da autonomia privada e da livre-iniciativa.

Pelo contrário.

Significa sua reeducação.

Frise-se que a função social dos contratos não deve significar anulação da autonomia privada e serviência ao coletivo, mas relativização de exercício de direitos e mitigação da autonomia privada.

Com relação aos contratos, este trabalho propõe, novamente, o binômio vocação e abuso de direito para alcançar a significação da expressão função social em relação aos contratos.

Todo contrato, por sua natureza, visa à determinada finalidade específica (vocação). Para exemplificar, a vocação do contrato de locação de imóvel é a relação sinalagmática de destinação da coisa e justa contraprestação.

Considere-se na presente exposição um contrato de locação de imóvel, pelo qual a vocação é entregar a posse ao locatário, para que este, no presente exemplo, exerça direito fundamental de moradia ou explore atividade econômica, mediante contraprestação ao locador. A partir do momento em que o locatário usar o imóvel com fim diverso, sem autorização do locador, há inobservância da função social deste contrato.

Noutro giro, se locador ignorar situações adversas, alheias à vontade do locatário, as quais importarem em alteração das bases contratuais, de modo que prejudiquem o adimplemento da contraprestação, haverá o desatendimento da função social. Isso, pois, a justa contraprestação não deve importar em onerosidade excessiva, de modo a ofender a dignidade da pessoa humana ou anular a paridade contratual.

Além de observar sua vocação, o contrato firmado não poderá importar em abuso de direito. Determinada companhia poderá firmar um contrato de maneira hígida, de modo que atenda aos interesses de seu objeto social e de seus

sócios/acionistas, todavia, se os efeitos desse pacto acarretarem lesões ambientais, haverá o não cumprimento da função social daquele contrato.

A função social torna o contrato dinâmico, humano e justo, de maneira que a velha vinculação obrigatória ao pacto, nos moldes napoleônicos, é relativizada, assim como o comportamento egoístico dos contraentes é substituído pelo respeito à dignidade da pessoa humana e aos interesses coletivos e difusos.

4.3 Função social da família

A família, segundo o art. 226 da Constituição Federal de 1988, é a base da sociedade, a qual poderá ser constituída a partir do casamento, da união estável, bem como poderá ser monoparental, anaparental, pluriparental e também homoafetiva. Todas essas famílias deverão ser especialmente protegidas pelo Estado.

Sem adentrar em cada espécie de família, há um elemento subjetivo comum entre todas elas: a afetividade.

São livres as pessoas para constituírem suas famílias, sendo esse exercício externado através da afetividade, incrustado por intermédio de laços, de modo que o conceito de família não deve ser restringido.

As seguintes anotações de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona elucidam de maneira clara e didática noção sobre a função social da família³¹:

Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.

E isso não é simples argumento de retórica.

Como consectário desse princípio, uma plêiade de efeitos pode ser observada, a exemplo da necessidade de respeito à igualdade entre os cônjuges e companheiros, a importância da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito à diferença, em arranjos familiares não standardizados, como a união homoafetiva, pois, em todos esses casos, busca-se a concretização da finalidade social da família.

Assim, desenha-se novamente o binômio vocação e abuso de direito para delimitar o significado de função social. A vocação da família é a afetividade construída entre as pessoas, de maneira que essa afetividade não deve ser

³¹ Ibidem.

subvertida para prática de ilícitos, nem o uso ou gozo do poder familiar poderá acarretar abusos de direito.

O respeito ao espírito vocacional, sem abusos de direitos, levará os indivíduos a se desenvolverem socialmente de maneira plena, consagrando, assim, a realização pessoal dos indivíduos integrantes do núcleo familiar.

Portanto, no tocante à família, o respeito à vocação sem abusos de direitos são meios que levarão os indivíduos às próprias realizações como pessoa, as quais constituem a verdadeira função social da família.

4.4 Função social da empresa

Nos ditames do art. 966 do Código Civil de 2002³², empresa é atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de riquezas, de maneira que empresa é noção fática de atividade e não tijolo (estabelecimento comercial).

Como já destacado neste trabalho acadêmico, ser proprietário de cotas empresariais ou ações acarreta ao seu detentor observância à função social da propriedade, todavia, conforme se verá, para o exercício da atividade empresarial também será imprescindível o atendimento à função social.

Ademais, saliente-se que a função social da propriedade privada é princípio geral constitucional de ordem econômica, de modo que baliza a livre iniciativa e mitiga a autonomia privada.

Em impresso literário, André Santa Cruz³³, fazendo menção à obra de Fábio Ulhoa Coelho, coloca a função social da empresa no seguinte ponto de vista:

Assim, quando se fala em função social da empresa faz-se referência à atividade empresarial em si, que decorre do uso dos chamados bens de produção pelos empresários. Como a propriedade (ou o poder de controle) desses bens está sujeita ao cumprimento de uma função social, nos termos do art. 5º, inciso XXIII, da CF/1988, o exercício da empresa (atividade econômica organizada) também deve cumprir uma função social específica, a qual, segundo Fábio Ulhoa Coelho, estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores.

³² Art. 966, CC/02. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

³³ Cruz, André Santa. Direito empresarial / André Santa Cruz. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

Enfim, a empresa não deve, segundo os defensores desse princípio, apenas atender os interesses individuais do empresário individual, do titular da EIRELI ou dos sócios da sociedade empresária, mas também os interesses difusos e coletivos de todos aqueles que são afetados pelo exercício dela (trabalhadores, contribuintes, vizinhos, concorrentes, consumidores etc.).

Como prelecionado nessa exposição, a propriedade deverá atender à sua função social, logo, os bens de produção, que são propriedade da empresa, no decorrer do exercício da atividade empresarial, também deverão atender à função social.

No que se refere à função social da empresa, mais uma vez, observa-se o encaixe do binômio vocação e abuso de direito, na medida em que a empresa deverá cumprir seu objeto social gerando empregos, recolhimento de tributos, contribuindo para o desenvolvimento, mas sem que isso importe em danos ambientais, laborais e aos consumidores. O exercício desse direito individual de empreender não deve ser feito de modo egoístico, no qual apenas a geração de riqueza importará, de modo que será necessário harmonizá-lo aos interesses coletivos (trabalhadores, vizinhos) e difusos (consumidores, meio ambiente).

5 CONCLUSÃO

A jornada teórica foi longa. Não é fácil conceituar uma expressão indeterminada em direito, assim como nem deve haver tal conceituação, senão a técnica legislativa das cláusulas abertas não serviriam para conferir dinamicidade ao texto e perenidade à norma.

Todavia, ocorre que a indeterminação do direito dá o ensejo a discricionariedades e emprego de premissas que por vezes fogem ao sentido jurídico. O que esse trabalho buscou, aplicando a teoria do direito civil constitucional e o modelo tridimensional do direito defendido por Miguel Reale, foi construir uma bússola para o intérprete, de modo a direcioná-lo quando enfrentar a difícil tarefa de aplicar a cláusula geral de função social ao caso concreto.

O maior desafio do período pós moderno, o qual vivemos hoje, é cortar o cordão umbilical de solidariedade e ideal assistencialista deflagrado após o período pós segunda guerra mundial. Mais difícil ainda é essa tarefa em se tratando de Brasil.

Assim, colocar algo em função do social ou, em outras palavras, suprimir o interesse individual e autonomia privada em serviência à coletividade, consubstanciará espírito de políticas arbitrárias que não incentivam seus administrados a produzirem riquezas, sendo que a produtividade e a troca de riquezas são as chaves para o rompimento daquele cordão umbilical. O estado não deve ser *ad aeternum* paternalista.

Coloca-se essa breve exposição para analisar o aspecto axiológico do direito à luz do tridimensionalismo realeano, de modo que as normas são dadas, frente às disposições legais e constitucionais, e o fato irá ocorrer caso a caso (casuístico).

Os sujeitos devem ser empoderados para construir patrimônio, exercer atividade empresarial, firmar negócios jurídicos e constituir família, porém deverão fazer não em razão ou serviência à coletividade; deverão, portanto, fazer em harmonia à interesses coletivos e difusos, cumprindo a vocação dos bens jurídicos, das coisas e sem gerar lesões a direitos individuais, coletivos, individuais homogêneos ou difusos. É dessa maneira que a função social é atendida, com o exercício responsável, sustentável e não inconsequente do direito, já que todo ato jurídico praticado poderá transcender a esfera individual da pessoa.

É intrínseco pelos textos constitucionais e legais o binômio vocação e abuso de direito, o primeiro positivo e subjetivo, ao passo que o segundo é negativo e objetivo. O primeiro é algo desejado e deve ser analisado no caso concreto, ao passo que o segundo não é desejado e, além de ser verificado no caso concreto, já direciona um não fazer universal ao indivíduo, tendo em vista que jamais o exercício de seu direito deverá acarretar lesão a direito alheio.

Portanto, ao enfrentar e aplicar a expressão função social ao caso concreto, o intérprete buscará na lei e na Constituição como fazer, entretanto, quando deparar-se com uma cláusula geral, sob a perspectiva de norma, valor e fato, desempenhará bem a tarefa se fizer uso do *standard* sugerido por este trabalho acadêmico, qual seja, o binômio vocação e abuso de direito.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014

AFONSO DA SILVA, José. **Comentário Contextual à constituição**. 9ª ed. rev., atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

Brasil. **Código civil**. Publicado em 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Brasil. **Estatuto da Terra**. Publicado em 30 de novembro de 1964. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Brasil. **Lei das Estatais**. Publicada em 30 de junho de 2016. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13303.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Brasil. **Lei das S/A**. Publicada em 15 de dezembro de 1976. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 158.215/RS**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1996-04-30;158215-1551869>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 161.243/DF**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 201.819/RJ**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>.

Cruz, André Santa. **Direito empresarial** / André Santa Cruz. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB** / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal - 15. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Gagliano, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único** / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)** / Eros Roberto Grau.- 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2016.

Ipatinga. **Plano Diretor do Município de Ipatinga**. Publicado em 12 de junho de 2014. IPATINGA. Disponível em: <https://www.ipatinga.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Plano_Diretor_LEI_N_3.350,_DE_12_DE_JUNHO_DE_2014?cdLocal=2&arquivo={73E2AB2D-54CC-E7CD-E0B3-308E1061A67D}.pdf#search=Plano%20Diretor>. Acesso em: 09 fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)** / Gilmar Ferreira Mendes. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSENVALD, Nelson. **Conceitos Fundamentais de Direito Civil - Nelson Rosenvald - Direito Civil Constitucional. 2020**. (44min22s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z0sx4GsYFG8&t=2171s>>. Acesso em: 20/01/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** / Lenio Luiz Streck. – 5. ed., rev., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República - vol. 1 - 3ª ed. rev. e atual.** / Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos humanos e relações jurídicas privadas, in Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999