

FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO*

Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

Felipe Germano Cacicedo Cidad***

1. Constitucionalismo funcional

A “função social”, como utilizada nas Cartas Constitucionais de 1934 e 1988, floresceu no vocabulário jurídico brasileiro como uma insólita influência de movimentos políticos europeus. A reação dada no Velho Continente para a decadência do modelo liberal do século anterior parecia levar a uma única diretriz, à atribuição de finalidades para a utilização dos principais institutos jurídico-privados – não haveria melhor maneira de inibir os males da liberdade contratual sem limites concedida no cenário pós-Revolução Francesa.

Dentro de um Estado de Direito, pensava-se, caberia ao Poder Público a atribuição dessas finalidades e sua constante fiscalização, já que as mesmas deveriam ser socialmente aceitáveis. A intervenção estatal, desse modo, seria o método ideal para controlar essas ingerências no exercício dos direitos da esfera privada, notoriamente nos relativos à propriedade¹. Em outras palavras, o bem jurídico deveria ostentar, doravante, uma função que respeitasse os interesses da comunidade; deveria apresentar uma *função social*.

Entretanto, por si só, a expressão em destaque não apresenta alto nível semântico. Dessa maneira, ela pôde ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inumeráveis ações estatais limitadoras das liberdades individuais. Do socialismo ao fascismo, a exigência de uma conduta privada na conformidade com o coletivo espalhava-se com relativa aceitação nas sociedades europeias da segunda década do

*O texto apresentado é produto das atividades desenvolvidas no âmbito dos Grupos de Pesquisa PIBIC-UERJ e CNPq-UGF, em projetos coordenados por Guilherme Calmon Nogueira da Gama.
**Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ e da Universidade Gama Filho (RJ). Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Pesquisador e Coordenador de Grupo de Pesquisa.

***Bacharel em Direito pela UERJ. Pesquisador.

¹Como registra Eugênio Facchini Neto, o período do constitucionalismo social no Ocidente, no segundo pós-guerra, busca direcionar o Estado no caminho da igualdade substancial, ainda que tal medida gerasse reduções ao espaço da liberdade econômica. A idéia central passa a ser a da sujeição de todos os poderes – públicos e privados – ao ordenamento jurídico, bem como sua limitação e funcionalização à proteção dos direitos fundamentais (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22).

século XX². Assim, o panorama jurídico-constitucional do ocidente começava a descobrir a chamada “constituição social”.

De se destacar a mudança dos paradigmas, porquanto o valor da segurança jurídica – representada pela busca da estabilidade das relações jurídicas –, típico do período das codificações oitocentistas, deve se harmonizar com o valor da justiça e da esperança, relacionado à transformação qualitativa da realidade, de modo a concretizar os compromissos constitucionais de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, alicerçada na dignidade das pessoas em ambiente plural.

2. Constitucionalismo sócio-econômico

A idéia fundamental de função social começava a ser tratada já em meados do século XIX pelas obras de socialistas e anarquistas na Europa industrializada. Todavia, esse conceito tomaria fulcro constitucional apenas em 1917, no México. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro, traria para uma carta fundamental a influência direta do movimento anarco-sindicalista³, vencedor da Revolução recém-declarada naquele país. O resultado primordial foi a disciplina de temas antes afeitos apenas às parcas leis civis limitantes da liberdade contratual na seara trabalhista⁴. Temas como limitação da jornada de trabalho, proteção à maternidade ou fixação de idade mínima para ingresso no mercado laboral são alguns exemplos da preocupação daquela Carta Política latino-americana. Nesse nível, foi a pioneira ao

²Os Estados Unidos ainda haveriam de superar a chamada Era Lochner, momento no qual a liberdade sobre a propriedade e o contrato eram resguardados com afincos pela Suprema Corte do país. Na América Latina, a pressão política das burguesias das capitais e o alto poder dos latifundiários no interior brejavam qualquer tipo de influência dessas idéias nos altos escalões governamentais.

³COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>, visitado em 29/07/06.

⁴No texto: “Artículo 5.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa. Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

tratar dos hoje chamados direitos sociais, ainda que, em seu texto, não houvesse propriamente a disciplina da ordem econômica tal qual hoje se conhece⁵.

Essa regulação aparecerá somente dois anos mais tarde, em solo europeu, por consequência do desencanto da *belle époque* provocado pelo fim da Primeira Guerra. Na devastada Alemanha, dois grupos principais surgiam para rivalizar com os partidos liberais clássicos, os comunistas e os fascistas. A tensão política gerada seria, de alguma forma, diluída pela nova Lei Fundamental, de 1919, que albergaria interesses comuns à maioria dos grupos de expressão política no país. Dessa maneira, a Constituição de Weimar moldou propriamente a Ordem Econômica da nação, quando dispunha sobre regras específicas de controle da circulação de riquezas, mormente em seus artigos 151 e seguintes⁶. Especial atenção deve ser concedida ao disposto no art. 153, quando é enunciada a fórmula *Eigentum verpflichtet* (a propriedade obriga⁷). A partir desse verbete, a noção de obrigação⁸ surge conjugada ao exercício de um direito que, tradicionalmente, era visto apenas como detentor de privilégios ao seu titular.

Nas sociedades agrícolas, porém, esse tipo de regulamentação da propriedade parecia passar longe dos textos constitucionais. Com a economia girando em torno de bens de raiz, a modificação do estatuto jurídico da terra seria uma forte guinada política cujo preço os presidentes da República Velha brasileira não queriam pagar. Apenas com a industrialização e com a Revolução de 30, essas idéias começavam a penetrar nos átrios do constituinte. Os bens de consumo passam gradativamente a concorrer com os de produção na caracterização da economia nacional, ao passo que a força dos latifundiários do café do Sudeste diminua drasticamente. Assim, a Carta de 1934 traria consigo enorme gama de experiências estrangeiras, cabais para a formação do conteúdo da função social no Direito privado: o corporativismo fascista, as prescrições sociais

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

⁵Da mesma forma, a função social da propriedade é mencionada de forma pontual, no caso da regulação da exploração de águas, no art. 27.

⁶No texto: **Artigo 151** The economy has to be organized based on the principles of justice, with the goal of achieving life in dignity for everyone. Within these limits the economic liberty of the individual is to be secured. Legal force is permissible to realize threatened rights or in the service of superseding demands of public welfare. Freedom of trade and industry will be realized according to a Reich law.

Artigo 155 The distribution and usage of real estate is supervised by the state in order to prevent abuse and in order to strive to secure healthy housing to all German families, especially those with many children. War veterans have to be given special consideration in the homestead law to be written (Fonte: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth%20Chapter%20-%20The%20Economy, visitado em 29/07/06).

⁷Aqui, o texto constitucional complementa: "A propriedade obriga. Seu uso deve servir simultaneamente ao bem comum".

⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: Primeiras Anotações. In.: *Revista dos Tribunais*. n.823 – maio de 2004, p. 70.

das Constituições mexicana, de 1917, e russa, de 1918, e o sistema econômico implantado em Weimar⁹.

A expressão objeto de estudo aparece nas Cartas de 34¹⁰, 46¹¹, 67¹², 69¹³ e 88¹³, no curso do século XX. A Constituição de 1937 concede vênias a esse tratamento, porém o mesmo é feito de maneira esparsa e de forma notoriamente assistemática. No que tange à desapropriação estatal, naturalmente associada à função social da propriedade, é disciplinada em todos os diplomas, sem exceção. A ordem econômica e social sempre foi preocupação dos constituintes desde a Era Vargas, mostrando o compromisso, ainda que nas cartas outorgadas e autoritárias, com esse modelo regulatório.

3. Função social na Constituição de 1988: fundamentos

O Estado, em um dado momento histórico, funda-se pelo pacto constituinte, segundo o qual algumas finalidades devem ser perseguidas. Nesse esteio, a função que a sociedade espera de determinado instituto é dada pelas circunstâncias históricas e pelo conteúdo normativo da Carta Política. A função social da propriedade em 1934, por exemplo, não é a mesma daquela que hoje se concebe, e certamente será alterada no futuro. Cumpre assinalar, então, parâmetros para inferir-se qual o conteúdo dessa exigência constitucional.

A disciplina dos institutos privados recebeu dois importantes aportes teóricos no período entre Getúlio Vargas e a atual Carta Constitucional: primeiramente, o florescimento da idéia de eficácia máxima dada aos direitos fundamentais, no sentido de otimizar a proteção da dignidade da pessoa humana. Não só valores de segurança deveriam ser respeitados, mas também os de justiça social. Da mesma forma, observou-se a evolução da idéia de socialidade, mormente derivada da necessidade de uma sociedade de massa que vivesse em harmonia. Sobre esses dois maiores fundamentos, a idéia de função social revigorou-se para atingir a forma que hoje se entende.

A superação do positivismo clássico ensejou uma abordagem valorativa do Direito como um todo¹⁵, e as ordens jurídico-constitucionais do Ocidente não ficaram apartadas. A Constituição brasileira atual enuncia, no art. 3º, os objetivos fundamentais da

⁹CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na História: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 332.

¹⁰Art 113, 17: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

¹¹Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.

¹²Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

¹³Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

¹⁴Art 5º, XXIII: a propriedade atenderá a sua função social. Há outras disposições constitucionais que também se referem à função social da propriedade como, por exemplo, os arts. 170, 182 e 186, entre outras.

¹⁵No Brasil, anote-se a importância da teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, segundo a qual o complexo de relações jurídicas é fundado, sempre, pelo trinômio fático-axiológico-normativo (REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: Situação atual*. 5ª ed, ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994,

República, dentre os quais está a construção de uma sociedade solidária (inciso I). A solidariedade, ou socialidade, é um dos princípios basilares do Estado, e deve ser entendido, em primeira colocação, como um elemento essencial de interpretação, na forma de *interpretação conforme a Constituição*, irradiado pelo princípio maior da democracia social e econômica¹⁶. A circunstância de o legislador constituinte haver incluído no texto constitucional vários princípios e regras tipicamente de Direito Privado impõe que todas as normas infraconstitucionais de Direito Civil devam ser interpretadas em conformidade com a Constituição¹⁷.

Ademais, o princípio da solidariedade goza de certa coerção normativa, pois compõe o quadro de direito objetivo, sendo passível de provocar vinculação ao Estado e entes privados. Nesse campo, pode-se afirmar que, ao determinar-se uma finalidade estatal na direção da socialidade, a Constituição escolheu por unir os concidadãos numa comunidade onde todos têm o direito e o dever de contribuir para o bem do próximo. Na síntese de Daniel Sarmento:

“Na verdade, a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais¹⁸”.

A construção de uma comunidade imbuída de valores de respeito ao próximo e igualdade social perpassa por uma necessidade de transposição das antigas muralhas que separam o Direito e a Moral, reconhecendo que o primeiro pode ser oxigenado por valores extrínsecos ao mesmo, mormente os de caráter ético e pluralista.

Para completar esse panorama, outro princípio arrimou o desenvolvimento da idéia central de função social na Constituição de 88: a dignidade da pessoa humana. A Carta é expressa ao colocá-lo entre os fundamentos da República, já no art. 1º, III. Seu conteúdo foi construído historicamente pela Filosofia, para depois ser aportado pelo Direito. Fábio Konder Comparato¹⁹ aponta para cinco fases nessa elaboração. As

p. 54). Por complemento, André Ramos Tavares enuncia que alguns valores caros à estrutura do Estado e da sociedade devem tomar lugar naturalmente na Constituição, sendo por ela considerados preceitos fundamentais (A fundamentalidade de certos preceitos constitucionais. In.: MARTINS, Ives Gandra e MATOS, Mauro Roberto Gomes de (org.). *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. No. 10, jul-dez 2002, p. 10).

¹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Edição. Coimbra: Almedina, p. 340 e segs.

¹⁷FACCHINI NETO, Eugênio, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

¹⁹COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

primeiras duas tratam das influências clássicas e medievais no tratamento do ser humano. A terceira começa quando se entende a pessoa como sujeito de direitos universais, advindo da filosofia kantiana²⁰. A quarta etapa histórica acopla, a esse conceito kantiano, “a descoberta do mundo dos valores, com a conseqüente transformação dos fundamentos da ética”. O homem é entendido aqui como único ser vivo que dirige sua vida em função de preferências valorativas. O existencialismo, por sua vez, trouxe a idéia do “caráter único, inigualável e irreprodutível da personalidade individual”, e coroou o modelo contemporâneo de pessoa humana e sua dignidade, situando-se como quinta e última etapa dessa edificação axiológica.

A dignidade é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral. Não há dúvida que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é o foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana ao desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas, e não o inverso²¹. Com base no pensamento de Immanuel Kant, nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana, “*um indivíduo nunca deve ser pensado como um meio, sempre como um fim*”²². A evolução histórica do pensamento filosófico permitiu a construção de uma consciência moral da sociedade no sentido da tutela dos valores considerados essenciais para a pessoa humana, e entre eles encontra-se a dignidade como basilar, recusando a consideração do corpo humano como objeto de comercialização.

Mas, afinal, como se pode conceituar a dignidade da pessoa humana, especialmente para o fim de estabelecer o âmbito da proteção da norma constitucional que a reconhece? Como ressalta a doutrina, cuida-se de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado pela diversidade de sentidos que lhe é atribuído. Contudo, não se pode

²⁰Para Kant, o ser humano existe sempre como fim, e não como meio do qual alguma vontade pode valer-se para atingir suas finalidades. Também crê que está o homem numa condição de autonomia, ou seja, pode guiar-se pelas leis que o próprio edita (cf. TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 16 e segs.).

²¹O tema envolvendo biodiversidade e dignidade da pessoa humana é perspicazmente abordado por Celso Antonio Pacheco FIORILLO e Adriana DIAFERIA: “quando tratamos do tema biodiversidade, não podemos nos afastar da hipótese tratada no art. 1º, inciso III, da CF/88, pois, para que se tenha a dignidade da pessoa humana de fato consolidada na realidade de um Estado Democrático de Direito e, até mesmo, como garantidor do exercício da cidadania, não é procedente tratarmos do tema vida – e em todas as suas formas – com displicência ou desinteresse consciente.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFERIA, Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 23).

²²Apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 30. Nas palavras de Ingo SÄRLET, na linha de pensamento de Kant, “a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto” (SÄRLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32), o que é confirmado mais adiante: “...incensurável (...) é a permanência da concepção Kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano” (op. cit., p. 35).

negar que a dignidade é passível de considerar algo real, já que é perfeitamente possível identificá-la nos casos em que é violada ou ameaçada de lesão, mesmo que não haja viabilidade de enumerar um rol exaustivo de casos de violação da dignidade. Umbilicalmente relacionada à conceituação da dignidade da pessoa humana, encontra-se a noção de vida digna, conceito que não se apreende de maneira unívoca, especialmente no bojo das sociedades democráticas e pluralistas da contemporaneidade, envoltas em diversos valores culturais, inúmeras visões religiosas e diversificados posicionamentos morais²³. Realmente, uma conceituação rígida a respeito da dignidade da pessoa humana não se coaduna com o pluralismo e a diversidade de valores existentes nas sociedades democráticas, daí porque deve ser reconhecido que tal conceito encontra-se em “*permanente processo de reconstrução e desenvolvimento. (...) reclama uma constante concretização e delimitação pela praxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.*”²⁴ Não se pode, no entanto, deixar de esclarecer que a dignidade da pessoa humana não resulta de sua positivação na Constituição Federal, já que representa um dos conceitos *a priori*, ou seja, preexistente a toda experiência especulativa tal como o é a pessoa humana²⁵, ou em outras palavras, tal valor não foi introduzido pelo Direito, mas, ao contrário, constituído dado prévio, valor próprio da natureza da pessoa humana.

Assim, é importante e atual a conceituação da dignidade da pessoa humana, sob o prisma jurídico, apresentada por Ingo Sarlet: “temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante de desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”²⁶ A partir de tal noção conceitual transparece a dupla função defensiva e prestacional (negativa e positiva) da dignidade da pessoa humana, especialmente quando esta é associada aos direitos fundamentais. O caráter dúplice da dignidade se apresenta tanto sob o prisma dos direitos de defesa e dos direitos às prestações fáticas e jurídicas que constituem suas concretizações, quanto no campo dos deveres de respeito e consideração (de não-violação), e do dever de sua promoção e proteção (por meio de medidas positivas),²⁷

A função social do Direito Civil, como uma das exigências fundamentais do Estado brasileiro, é um aspecto componente do aparato de proteção que se dá ao princípio

²³ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 110.

²⁴SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 40.

²⁵SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*, v. 212, abr.-jun. 1998, p. 91.

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 60.

²⁷*Idem*, p. 96.

fundamental da dignidade da pessoa humana, no sentido de viabilizar a consolidação efetiva dos princípios de igualdade material e justiça social. Como ensina Ana Paula de Barcellos²⁸:

“De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.

(...) Concretizando um pouco mais o que se acaba de expor, lembre-se que os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, esta última uma redução da locução direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado. Nessa linha, foram progressivamente conquistados os direitos à liberdade religiosa, liberdade civil e profissional, (...) dentre outros”.

O reconhecimento, por parte da Constituição, da fundamentalidade da dignidade da pessoa humana e, por consequência, da função social – inicialmente, da propriedade, para depois dilargá-la a outros institutos – traduz, em primeiro lugar, a necessidade de persecução diuturna da extensão máxima dos direitos ali inscritos. Em segundo lugar, demonstra a urgência da aplicação dos mesmos com eficácia em todos os planos jurídicos²⁹. A proteção plena do direito à propriedade só pode perfazer-se com as garantias dadas ao princípio da igualdade, razoabilidade e solidariedade; todos eles, de alguma forma, ligados à figura da dignidade da pessoa humana.

4. Função social na Constituição de 1988: natureza jurídica e eficácia

Acoplada diretamente ao direito de propriedade, a função social integra inciso separado dentro do capítulo de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, a saber, o inciso XXIII, do art. 5º. Dentro de sua origem, esse tipo de direção dada ao exercício da propriedade era interpretada apenas como uma *obrigação*, não integrando direito próprio nem mesmo sendo entendido como ínsito ao direito de propriedade. Cumpre afirmar que a Carta Magna não adotou essa posição.

Segundo José Afonso da Silva,

²⁸BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110-113.

²⁹Eficácia negativa, penal, vedativa do retrocesso e interpretativa, entre outras (BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 59 e segs).

“a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade³⁰”.

Da mesma sorte, todos os outros institutos que revelam essa possível funcionalização de acordo com os interesses da sociedade a guardam em seu bojo³¹. Não pode ser entendida como algo exterior, um dever jurídico exógeno. Sem atender esse requisito, o próprio instituto seria desfuncional, impondo o ordenamento as mais diversas sanções para tal, inclusive sua extinção.

Outrossim, a função social da propriedade, da posse, do contrato, da empresa e da família apresenta-se como um requisito acoplado aos direitos que circundam esses institutos. No entanto, o caráter de dever não pode ser totalmente extinto desse modelo. Tal qual o princípio da socialidade, a função social que forma o instituto que deriva de algum direito fundamental em matéria civil é considerada um *dever fundamental*, de observância obrigatória entre particulares.

Esse dever fundamental que surge junto ao direito de propriedade e outros institutos de natureza privada como uma imposição para o bem-estar da sociedade como um todo, evitando choques de interesses entre os particulares entre si. Como explica José Casalta Nabais³²:

“Nesses termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais”.

Quanto à eficácia dessa situação jurídica, cumpre mencionar o art 5º, §1º, da Constituição, atribuindo-lhe a eficácia plena na conformidade dos direitos fundamentais restantes. O que interessa, particularmente, é a chamada *Drittwirkung* (eficácia entre terceiros) dos direitos fundamentais³³. Se, essencialmente, a propriedade, o contrato, a empresa e a família giram em torno de interesses privados, então cabe indagar se os

³⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 52ª Edição. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 281-282.

³¹Cf. Sentença 37/1987, FJ2o., do Tribunal Constitucional Espanhol, sobre o direito de propriedade: “por ello la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a la misma subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero limite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo”.

³²O *dever fundamental de pagar impostos*. Porto: Almedina, 1998, p. 64.

³³Como ressalta José Carlos Vieira de Andrade, a Constituição portuguesa de 1976, ao tratar da força jurídica dos preceitos referentes aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, registra que eles vinculam “*entidades públicas e privadas*”, o que revela tratamento bastante similar àquele apresentado pela Constituição brasileira de 1988 (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271).

direitos inculpidos no art. 5º também devem incidir não apenas em face do Estado, mas também entre os cidadãos e os entes que não se vinculam à Administração Pública³⁴.

A doutrina estrangeira primeiramente discute o problema³⁵ sob a classe da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁶. Se for considerada a primeira, atos violadores da diretriz socializante somente poderiam ser afastados mediante a atuação do legislador, que ficaria incumbido de equacionar os interesses sociais em conflito através de normas abstratas. A eficácia imediata permitiria ao próprio particular, por intermédio do Judiciário, obter para si sua pretensão modificadora do título sobre o qual incide aquele litígio.

Dessa maneira, a teoria da aplicação imediata parece mais consonante com a realidade constitucional pós-88, e sua aplicação deve sempre socorrer-se dos demais princípios constitucionais, mormente o da igualdade e da proporcionalidade. Com efeito, cogitar de função social entre interesses privados é buscar a maneira mais razoável de atingir o regular exercício do direito de particulares ou a fiel distribuição de recursos entre supostamente desiguais. O intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o litígio deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais³⁷.

É importante ressaltar, por fim, que a função social, como qualquer tipo de norma

³⁴Ingo Wolfgang Sarlet trata do tema em questão sob a epígrafe “*A eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais*”, considerando o cunho eminentemente principiológico do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, de modo a impor ao Poder Público e aos particulares que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 337-344 e 377-378).

³⁵Excluem-se, aqui, as teorias que negam essa eficácia, pois não são albergadas no Brasil e na maior parte dos países ocidentais. Há, a esse respeito, interessante estudo realizado por Eugênio Facchini Neto referente à discussão iniciada no Direito alemão sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, mencionando a decisão alemã no caso Luth (1958) em que ficou expresso o reconhecimento do efeito irradiador dos direitos fundamentais perante terceiros no âmbito do Direito Civil (FACCHINI NETO, Eugênio, *op. cit.*, p. 41-46). Tal decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha admitiu a influência que o sistema de valores dos direitos fundamentais exerce sobre o Direito Civil, ao reconhecer que a liberdade de opinião do Sr. Luth acerca de um filme anti-semita rodado no período nacional-socialista, não poderia ser desconsiderada no âmbito do § 856 do BGB, ao tratar da cláusula geral dos “bons costumes” (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 228).

³⁶CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1269 e segs.

³⁷Como observa Cláudia Lima Marques, “*a grande metanarrativa do Direito Civil moderno era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno Direito Privado*” (MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 186). No segmento do Direito português, José Carlos Vieira de Andrade defende a posição segundo a qual determinados particulares devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais “*nas relações privadas de poder*”, de modo a proteger mais intensamente os particulares vulneráveis nas relações com privados poderosos, mas não deve ser esta orientação nas “*relações entre iguais*” (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *op. cit.*, p. 284-288).

constitucional, está sujeita a alterações de forma rigorosa, e tanto mais por ser cláusula pétreia. Todavia, deve-se anotar a importância da chamada *mutação constitucional* nesse particular, dado que o conteúdo do que seria “socialmente desejável” ou “interesse coletivo” é modificado a cada momento histórico³⁸. Sem dúvida, o Brasil experimentou inúmeros sentidos para a palavra “função social” desde 1934. Da ênfase aos direitos sociais até a proteção do consumidor e do meio ambiente, inúmeras foram as alterações desse preceito em nosso panorama constitucional.

5. Função social da propriedade e da posse na Constituição de 1988

Sem dúvida alguma, o instituto civil que mais se ligou à expressão “função social” no Direito Constitucional brasileiro foi a propriedade. Dela decorre a idéia que hoje se entende de função social da posse, como instituto civil também de natureza real. Na concepção clássica, o interesse do proprietário/possuidor era oponível contra todos os quais intentassem molestá-lo, independentemente de qualquer tipo de abuso ou malversação desse direito.

Com a evolução da teoria do abuso do direito, chegou-se à conclusão que nem todos os interesses dos titulares sobre bens deveriam ser resguardados. Atualmente, não se trata do tema sob este viés ou o da teoria das invalidades propriamente, mas reconhece-se a existência de outros interesses legítimos contrapostos aos do titular original do direito³⁹, e fazem estes com que o título seja contestado, gere penalidades ou, em alguns casos, transferido.

No entanto, a função social não legitima qualquer tipo de interesse alheio ou supostamente em conformidade com a sociedade como base para algum tipo de intervenção estatal. Ao contrário, o direito à propriedade é resguardado da mesma maneira que sua função social, tendo-se sempre em mente que a situação jurídica da propriedade ou da posse na atual ordem constitucional não inspira a implantação de modelos jurídicos comunistas.

Nesse particular, cabe mencionar a posição do Tribunal Constitucional Alemão em decisão sobre a validade de lei que prescrevia um rígido controle para a hipótese de rescisão de contrato de arrendamento a pequenos jardineiros⁴⁰ (*Kleingarten*). Para o

³⁸A interpretação constitucional, enquanto processo de mutação constitucional, representa a possibilidade de alteração do significado, do sentido ou do alcance da norma constitucional, sem que ocorra qualquer modificação da letra do texto constitucional (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações constitucionais e limites do poder de reforma*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 26). Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao cuidar do tema referente aos atributos específicos da matéria constitucional na teoria da interpretação, aponta o elemento político (na definição do conteúdo dos princípios constitucionais que realizem os princípios políticos correspondentes, na determinação da atualidade do regime político em que se insere a norma na interpretação e na concretização do fim público que fornece a medida da discricionariedade atribuída aos órgãos constitucionais pelas normas constitucionais) e a tipologia das normas constitucionais como aspectos relevantes na consideração da interpretação como mutação constitucional (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 26-28).

³⁹SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, p. 283.

⁴⁰BVerfGE 52, I.

Tribunal, a

“quase total exclusão da rescisão implica (...) em uma intervenção tão profunda na posição jurídica constitucionalmente garantida do proprietário, que quase mais nada sobraria da substância do direito de propriedade⁴¹”.

O que se propugna com esse tratamento é evitar a inoportuna e anti-social utilização da propriedade por parte do titular de direito, assim como a proteção ilegal, por parte do Estado, de interesses supostamente coletivos. É uma via de mão dupla. Deve-se, assim, ponderar as duas realidades para que o modelo constitucional seja perfeitamente aplicado⁴².

6. Função social do contrato e da empresa

Nota-se rapidamente, na teoria constitucional, que a abrangência do termo função social deveria ser dilargado para outros âmbitos fora da disciplina da propriedade⁴³. O contrato e a empresa, de uma maneira geral, representavam cada vez mais o motor econômico das economias em franco processo de industrialização nas décadas de 20 a 40. Pela lógica, o contrato faz circular a riqueza – em última análise, a propriedade – entre pares, enquanto que a empresa é a atividade que tem por fim a obtenção de lucro, também uma forma de propriedade.

Dentro do constitucionalismo brasileiro, a ordem econômica sempre representou a função social do contrato e da empresa, ao enunciar o princípio fundador da livre iniciativa e livre concorrência (art. 1º, IV e art.170, III), arrimados na proteção da dignidade da pessoa humana e no compromisso da construção de uma sociedade justa e solidária.

A função social do contrato e da empresa, ademais, deve traduzir as inúmeras finalidades constitucionais da República, não apenas as assim denominadas nos primeiros artigos do Texto Magno, mas também as traçadas em seu bojo. Dessa forma, o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino científico e do desporto, além do meio ambiente, compõem o quadro de proteções constitucionais que integram o conceito de função social.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de

⁴¹SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. trad. Beatriz Hennig. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p.748.

⁴²Da mesma maneira, o Tribunal Constitucional Germânico decidiu, na BVerfGE 31, 229, que o direito fundamental à propriedade intelectual deveria ser utilizado conforme sua função social, sendo permitido ao legislador ponderá-lo em algumas situações. Deve este utilizar-se de “parâmetros racionais que assegurem uma exploração adequada e um uso do direito autoral correspondente à sua natureza e seu significado social” (SCHWABE, Jürgen. *Op. cit.*, p. 738.) *In casu*, falava-se de uma lei que autorizava a inserção e reprodução gratuitas de partes de obras literárias em livros escolares.

⁴³CALIXTO Filho, Salomão. *Op. cit.*, p. 68.

Inconstitucionalidade nº 1950-SP⁴⁴, em que declarou a constitucionalidade de lei paulista que determinava a fixação de desconto obrigatório em casa de diversão, esporte, cultura e lazer para estudantes regularmente matriculados em estabelecimento de ensino (a chamada “meia entrada”). Na ementa, ensina-se que:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

Assim, os valores protegidos pela função social da empresa e do contrato estão protegidos pela Constituição, ainda que essas duas expressões não constem textualmente.

7. Função social da família

Ao contrário dos dois últimos, a função social da família não deriva diretamente da função social da propriedade, mas da inclusão desse grupo como base para a formação da sociedade, como consta do art. 226, *caput*, da Carta Constitucional. Sendo assim, os valores que a protegem e fundamentam sua existência, como a igualdade entre os filhos, carecem de proteção do Estado e reservam especial interesse público. Exemplo maior desse interesse está no Recurso Extraordinário nº 248869/SP, julgado pelo STF, em que se reconhece o direito de o Ministério Público propor ação de investigação de paternidade por tratar-se de direito indisponível da criança em saber o nome de seu progenitor, como espectro de sua dignidade. Na ementa, registra-se que:

⁴⁴EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

“A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). (...)O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27)”⁴⁵.

A função social da família, derivando, portanto, dos princípios fundamentais da República, mormente o da dignidade da pessoa humana, é um parâmetro que ele eleva alguns direitos elencados entre os arts. 226 a 230 à categoria de fundamentais, principalmente quando envolvem direitos das crianças e dos adolescentes, ou situações existenciais que exigem a consonância com o princípio da igualdade, em última instância.

8. Conclusão

Do tema função social no Direito Privado e constituição, depreende-se que o movimento de 1988 conjugou as principais tendências mundiais sobre o assunto com as conquistas já alcançadas em Cartas anteriores. Ao inserir no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o Constituinte concedeu proteção e fulcro para o desenvolvimento das teorias que legitimam esse tipo de leitura dos institutos privados que, cada dia mais, não podem ser guiados de forma egoísta e na contramão do princípio da solidariedade social.

A efetividade da Constituição, aliada ao seu majestoso conteúdo, propiciaram o florescimento de medidas legislativas e judiciais que puseram em prática o que antes era alvo apenas de discussão doutrinária. Não apenas o conteúdo relativo a direitos sociais, mas também o enfoque a outras finalidades constitucionais, como a proteção da criança e do adolescente, ou do meio ambiente, além de sua eficácia horizontal, mostraram o *boom* que o termo ganhou no meio político-jurídico, o que, mais uma vez, reforça a atualidade da discussão.

A temática envolvendo a função social no Direito Civil, a Constituição e os direitos fundamentais, na ordem jurídica de um país, é complexa, ampla, recheada de questionamentos e de aparentes conflitos entre bens jurídicos, interesses e direitos

⁴⁵No âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão, Claus-Wilhelm Canaris exemplifica com o direito da criança ao conhecimento do seu pai biológico apontado casos julgados com base no direito geral de personalidade (art. 2º, I, da Lei Fundamental alemã) em combinação com a dignidade da pessoa humana, em que a mãe da criança e seu cônjuge estavam de acordo com a intenção da criança de conhecer seu “verdadeiro”pai (biológico), mesmo sem separação ou divórcio do casal, sendo que o BGB exigia a separação ou o divórcio dos cônjuges para tanto (CANARIS, Claus-Wilhelm, *op. cit.*, p. 232).

das pessoas humanas e da coletividade. Daí ser fundamental que se aprofundem os debates, discussões e diálogos sobre temas tão relevantes e atuais, propiciando a implementação do princípio e valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro da dignidade da pessoa humana em suas várias perspectivas e aplicações (tanto na sua dimensão individual, quanto na comunitária).

Vivencia-se, na contemporaneidade, uma sensível e significativa reformulação da estrutura, noção e função dos institutos de Direito Civil. O modelo jurídico construído nas codificações oitocentistas, na civilização ocidental, se revelou inadequado, insuficiente e impróprio para reger tais questões à luz da realidade política, social e econômica. Diante das mudanças da civilização e com crises de toda ordem, com a gradativa aceleração da intolerância dos indivíduos, o clima de exacerbação do individualismo e do modelo globalizado (de exclusão social), qual será o futuro da humanidade no planeta? O Direito exerce necessário e insubstituível papel de atuar eficazmente em prol dos bens e valores socialmente escolhidos no curso da história, não sendo mero receptáculo da realidade subjacente. No contexto de tal problematização, insere-se a função social dos institutos do Direito Civil à luz da experiência constitucional comparada e brasileira.