I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza

Cláudia Franco Corrêa

Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-071-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

As contínuas metamorfoses sócio-econômicas e culturais que a contemporaneidade impõe às pessoas exige a ininterrupta atenção do intérprete do sistema jurídico, na busca de aperfeiçoamento das soluções possíveis diante das inquietações advindas das relações familiares, obrigacionais e nos problemas urbanos e agrários envolvendo a posse e a propriedade. Por isso, é indispensável o repensar crítico das relações privadas, ainda mais impactadas por fenômenos inevitáveis, como os decorrentes dos efeitos da pandemia, com forte repercussão sobre o aspecto econômico e a efetividade da função social dos institutos jurídicos. A presente obra contempla, além dos grandes temas mencionados, a análise da tutela dos direitos da personalidade e os efeitos da sociedade da informação traz sobre as relações civis, fruto da evolução da evolução tecnológica a que chegamos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO PARA COMPATIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS CLÁSSICAS DE LIBERDADE E PROPRIEDADE ÀS EXIGÊNCIAS DE FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PRIVADO INTRODUZIDAS PELA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

INTERPRETATION PROPOSAL FOR COMPATIBILIZING CLASSICAL FUNDAMENTAL GUARANTEES OF FREEDOM AND PROPERTY TO THE SOCIAL FUNCTION REQUIREMENTS OF PRIVATE LAW INTRODUCED BY THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW

André Luis Mota Novakoski

Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar a função social de institutos de Direito Privado sob um aspecto histórico, jurídico-dogmático e crítico e, ao final, apresentar uma proposta de compatibilização entre as garantias fundamentais de liberdade e propriedade e a ideia de solidarismo decorrente do processo de constitucionalização do Direito.

Palavras-chave: Direito civil, Propriedade, Contrato, Autonomia privada, Função social

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the social function of Private Law institutes under a historical, legal-dogmatic and critical aspect and, at the end, to present a proposal of compatibility between the fundamental guarantees of freedom and property and the idea of solidarism resulting from the constitutionalization of civil law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Property, Contract, Private autonomy, Social function

Introdução

A partir da ascensão do individualismo e sua evolução, do surgimento do conceito de solidarismo e o processo de constitucionalização do Direito Civil, da adoção de um viés publicista para a interpretação do Direito Privado desde a metade do Século XX e das transformações econômicas e sociais da sociedade humana ao longo da história, analisar-se-á o conceito de função social presente no sistema legal moderno.

Antes de começar a apresentação dos temas que serão discorridos neste artigo, mostra-se conveniente a prévia delimitação de marco histórico, conceitos e terminologia adotados.

Os temas analisados encontram-se categorizados dentro do Direito Privado que, como disciplina, tem sua origem em Roma fruto de um longo processo que culminou na fusão do "ius civile" e do "ius gentium" (WALD, 2009, p. 7).

Ainda que, a partir do Renascimento, o Direito Privado tenha sofrido uma ruptura pela constituição de corpos jurídicos dedicados à então emergente categoria dos comerciantes e às corporações de ofício que gerou a divisão do Direito Privado nos Direito Civil e Comercial, aquele comum e este especial (WALD, 2009, p. 10), o conteúdo essencial dos institutos jurídicos se manteve regulado pela disciplina comum, o que, no final do Século XIX, conduziria a literatura jurídica a propor a reunificação do Direito Privado em uma única disciplina conceitual (WALD, 2009, p. 13), contexto no qual foi promulgado o Código Civil brasileiro de 2002, fruto de um projeto de 1975 capitaneado pelo Professor Miguel Reale.

Embora o processo de adoção de Constituições pela sociedade remonte à Revolução Gloriosa (1688-1689), à Revolução Americana (1776-1787) e a Revolução Francesa (1791), marco histórico do estado moderno, apenas a partir de meados do Século XX a ciência jurídica passou a incorporar aos textos constitucionais regras de Direito Privado, de certo modo publicizando (a interpretação dos) institutos atingidos por esse processo histórico, que se convencionou denominar constitucionalização do Direito Privado (WALD, 2009, p. 17).

E, dentro e como consequência deste contexto histórico, o sistema jurídico rompeu do axioma clássico de relação jurídica, caracterizada pela contraposição de interesses estritamente individuais, para adotar um modelo de categorização e proteção de interesses plurais, denominados metaindividuais, que interessam à toda a coletividade, que se catalisou sob a ideia de função social.

1. A intervenção estatal nas relações privadas

Durante todo o Período Feudal e até antes do advento da Revolução Industrial, a humanidade vivia em uma sociedade malthusiana, na qual imperava a escassez e toda a produção era imediatamente consumida (HOPPE, 2018, p. 7)

Com a Revolução Industrial, pela primeira vez na história do homem há excesso de produção e, com isto, ocorre uma profunda e irreversível mudança na sociedade, com a ruptura de todos os dogmas do sistema feudal.

A condição servil e a propriedade comunal características marcantes do Direito Feudal da Idade Média (assim entendido o "landsrecht", em regra consuetudinário e não raras vezes subordinado à vontade do suserano), [1] não era compatível com o novo cenário de abundância decorrente da Revolução Industrial.[2]

Dentro deste contexto e de forma paralela, eclodiram revoluções em diversas sociedades europeias (e suas então colônias), de que são exemplos clássicos a Revolução Gloriosa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa que, cada uma a seu modo peculiar (mas profundamente interrelacionado), estabeleceram uma nova dogmática nas ciências de seu tempo.

Influenciada pelos ideais liberais do Iluminismo, especialmente John Locke, surge o estado[3] moderno que avoca a função de estabelecer a legislação,[4] abandonando o sistema

---

[1] "O nobre, dentro de seu domínio, é um soberano, distribui justiça, cobra tributos, declara a guerra, faz a paz. Cede o uso da terra ao servo, que a ela se vincula e dela não tem o direito de se afastar (servidão da gleba), pagando para cultivá-la um redito em dinheiro ou em frutos." (PEREIRA, 1999, p. 65)

[2] "Institui-se, assim, um sistema que foi definido como uma sucessão de enfiteuses, constituindo, como já assinalamos, um verdadeiro anfiteatro enfitêutico." (WALD, 2009, p. 126)

[3] Seguindo o exemplo de diversos autores contemporâneos e de numerosos veículos de mídia, grafamos o termo "estado" em minúscula, tal como é realizado usualmente com indivíduo e sociedade.

[4] "Em relação à Idade Média e ao sistema feudal, e ao instaurado pela Revolução Francesa, o que se alterou é que, nesta, a lei escrita assumiu o primado da disciplina social, quando, anteriormente, era ao costume que cabia tal primado." (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 192)

consuetudinário em favor da lei escrita e privando os Senhores Feudais de qualquer função pública e, principalmente, do poder de criar o Direito e subordiná-lo à sua vontade.[5]

Por conta das ideias dominantes no Período Medieval,[6] o instituto da posse e da propriedade (e, por reflexo, da autonomia da vontade) deixaram de ser objeto das preocupações dos juristas até a Revolução Francesa (BESSONE, 1996, p. 4).

Por sua vez, a legislação surgida após esses processos revolucionários (que elevou a vida, a propriedade e a liberdade à categoria de direitos fundamentais do homem) ressignificou os institutos jurídicos da personalidade, propriedade e autonomia da vontade sob a ótica do individualismo, resgatando em certa proporção o conceito romano de propriedade:[7]

> Passou-se a ter uma propriedade essencialmente privada, baseada na racionalidade econômica. Tais acontecimentos mudaram as relações entre o Estado e os particulares, alterando o direito privado. (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 192)

Ao mesmo passo em que esse novo sistema legitimou a ruptura com o passado medieval e, ancorado no conceito ilimitado da propriedade[8] catalisadas na expressão "de la manière la plus absolue",[9] proporcionou um grande salto na qualidade de vida das pessoas em curso espaço de tempo, criou externalidades que vieram a eclodir em graves problemas sociais no final do Século XIX e, mais especificamente, entre as duas grandes guerras mundiais do Século XX.

Como um processo (até certo ponto natural) de reação, o sistema legal que surgiu após a Revolução Francesa, representado pelo Code Civil outorgado por Napoleão em 1804, implantou um sistema no qual a liberdade, a propriedade e a autonomia da vontade eram

---

[5] "O sistema político do feudo foi marcado por um caráter público, que veio perdendo razão de ser." (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 191)

[6] Ideias estas que chegaram a ser implantadas no Brasil, como acentua Maria Helena Diniz: "Ensaiou-se em nossa organização jurídica o sistema feudal, no começo de nossa colonização, com a transitória implantação das capitanias hereditárias, que exerceu influência em nossos costumes, embora não tenha subsistido na ordem jurídica, que se amoldou ao regime romano" (DINIZ, 2006, p. 114)

[7] O regime que o substitui vai retornar o conceito unitário da propriedade, provindo de Roma, segundo qual cada cousa tem apenas um dono, de direito ou de fato (MALUF, 2005, p. 27).

[8] No Code Civil o contrato estava umbilicalmente ligado ao direito de propriedade em decorrência da centralidade deste instituto em sua estruturação (ROPPO, 2009, p. 42).

[9] "... o caráter absoluto da propriedade tinha a finalidade de superar os resquícios feudais anteriores, a fim de resguardar o direito do titular e afastar qual quer cogitação de duplo domínio do Estado." (FALLE, 2012, p. 8)

rigidamente enfatizadas com o escopo de assegurar que o indivíduo, agora senhor de si mesmo e não mais um vassalo, pudesse agir e negociar livremente no mercado:

> Com a Revolução Francesa, a liberdade idealizada, praticamente absoluta, e que veio a ser largamente pregada e concretizada, no campo do direito obrigacional, serviu à burguesia, para o fim de lhe proporcionar condições ideais ao desenvolvimento pleno de suas potencialidades, isto é, ao lado da assunção do poder político, criar as condições necessárias à expansão de sua riqueza.
>
> No campo do direito das coisas, igualmente servindo aos interesses da burguesia, a enfatizada estrutura rígida desse direito de propriedade e dos direitos reais veio a proporcionar segurança ao "novo" proprietário, personagem social, em grande escala coincidente com o burguês. (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 190)

A justificativa ideológica do sistema rígido de liberdade, individualismo e propriedade (que se aglutinam no conceito de autonomia da vontade) adotado pelo Code Civil, que influenciou toda a legislação europeia nos Séculos seguintes, foi assegurar que os indivíduos (e especialmente para a burguesia, detentora dos meios de produção e comércio de então) pudessem adquirir e manter o patrimônio de que era possuidor,[10] até mesmo como modo para "abolir os privilégios da nobreza" (WALD, 2009, p. 127) e permitir a ascensão de uma "nova aristocracia", não mais baseada em títulos nobiliárquicos, mas restrita a caracteres econômicos, por sua vez lastreados em títulos de propriedade imobiliária e na possibilidade inata de transacioná-los no mercado:

> Nesta perspectiva, liberdade de contratar significava livre possibilidade para a burguesia empreendedora de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria. (ROPPO, 2009, p. 46)

A base ética dessa justificativa baseava-se na perfeita igualdade dos indivíduos do ponto de vista formal que, curiosamente, era paradoxal à ideia de fraternidade que havia (supostamente) orientado a Revolução Francesa.

Esta ideia foi consolidada no Code Civil de Napoleão e tem uma justificativa histórica e, hoje, parece ter sido esquecida, a despeito de sua máxima importância:[11] a estruturação da

---

[10] O direito de propriedade destaca-se assim dos direitos políticos, desligando-se do poder de jurisdição e do direito de cobrar imposto, e afirmando-se como um direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se a seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites da regulamentação legal existente (art. 544 do Código Napoleão) (WALD, 2009, p. 127).

[11] A advertência de ARRUDA ALVIM é útil pois permite ao intérprete se afastar do contexto ideológico e ter uma percepção histórica da importância do individualismo: "O tema pode ser visto a partir da análise do direito de propriedade no liberalismo, desvestido de qualquer preocupação social – ao menos, daquilo que, hodiernamente,

propriedade ilimitada e vinculada à vontade do indivíduo tinha por escopo garantir que o estado não pudesse interferir na propriedade e patrimônio do homem livre que nascia a partir do fim do feudalismo, que se constitui e desenvolveu sob o dogma da vassalagem e das plúrimas formas de propriedade daquele período (comunal, alodial, dominial, censual, canônica, servil) nas quais o eixo axiomático do direito estava centrado na coisa ou objeto.[12]

A propriedade ilimitada foi, assim, uma resposta da sociedade tanto para a proteção do indivíduo livre contra o poder do estado, quanto para fomentar o tráfego jurídico pela via contratual e, por reflexo, a circulação de riqueza (ROPPO, 2009, p. 44-5).

Esta estrutura clássica e ambivalente entre propriedade e liberdade de contratar ilimitadas era adequada à realidade do Século XIX ainda impregnado de uma "visão estática e fechada da economia" decorrente de "uma concepção do processo econômico que privilegiava o aspecto do gozo da riqueza mais do que sua circulação e multiplicação" (ROPPO, 2009, p. 61).

Porém, esse excesso de poderes inerentes à propriedade e autonomia da vontade sem quaisquer barreiras outorgado pelo Code Civil foi usado e abusado pelos burgueses, grupo financeiramente ascendente que dominou o cenário pós-revolucionário e embrionário do sistema capitalista assumindo o poder por meio dos parlamentos, sem qualquer preocupação em estabelecer regras que mitigassem abusos ou abrandassem a situação da população que ainda não havia se integrado ao novo modelo social que eclodia:

> E a repercussão dos efeitos colaterais de um capitalismo sem barreiras gerou problemas extremamente sérios, mercê dos segmentos imensos da sociedade, que foram injustiçados. (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 191)

Neste contexto, a larguíssima interpretação que se dava à disciplina da propriedade no Code Civil (e que se refletiu na formação e interpretação do Bürgerliches Gesetzbuch – BGB alemão, surgido um século depois) permitia que o titular pudesse exercê-la (usar, gozar, fruir) de uma maneira que viesse a prejudicar outrem e, pior!, até mesmo sem obter qualquer benefício

---

se entende como socialmente justificável. As críticas dos dias correntes, que se fazem ao liberalismo e ao individualismo, são dirigidas, principalmente, para os momentos históricos a partir dos quais se verificaram mazelas na realização desse sistema, e, são feitas, pois, à luz de um quadro valorativo diferente que, geralmente, não tem presente as premissas do liberalismo econômico e individualismo. São críticas que abdicam de reconhecer o que positivamente significou o liberalismo, senão que o vêem inteiramente de forma negativa." (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 267).

[12] Durante os dez séculos em que perdurou a Idade Média, a propriedade perdeu suas características individuais, conforme o modelo romano, "para se converter no conhecido dualismo feudal da sobreposição do domínio eminente do suserano ao domínio útil do vassalo, explorador inclemente do 'servo da gleba'" (BESSONE, 1996, p. 4).

próprio, o que, no contexto atual, representaria uma permissão para que o titular de um direito pudesse utilizá-lo de forma abusiva (causando externalidades) sem suportar qualquer consequência.

Windschield enunciou que, neste período, a propriedade se confundia com a vontade potestativa de seu titular ("volontà di lui") (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 181)

Na feliz expressão de Arruda Alvim, por meio do direito napoleônico "Colocou-se a propriedade ... num verdadeiro altar, cujo sacerdote era o proprietário" (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 195), o mesmo podendo ser afirmado em relação à autonomia da vontade e que pode ser expressado na conhecida expressão "O que é contratual, é justo" tornada clássica por FOUILLÉ que exprime o ideal de que a atividade de circulação de riquezas tem como premissa básica a propriedade privada (RIPERT, 1947, p. 281).

O descompasso entre as ideias liberais de afirmação do indivíduo e as consequências da legislação que emergiu a partir do Code Civil não passou despercebida de parcela da sociedade, que passou a reclamar uma nova ressignificação para o direito de propriedade e a autonomia da vontade, de que é exemplo clássico a Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII divulgada ainda em 1891, forte na ideia antropocêntrica de que o homem antecede ao estado e ao direito que, assim, devem ser empregados e servir ao bem (comum) da humanidade, repetida posteriormente pelo Papa Pio XI que, especificamente, alude à uma "visão social da propriedade":

> Assim é que, já na encíclica do Quadragésimo ano, Pio XI reitera e desenha o esboço de uma visão social da propriedade, reafirmando a As ideias necessidade de o Estado reconhecê-la e defendê-la, porém, em função do bem comum. Cristaliza-se a preocupação de legitimar o direito de propriedade em valor externo ao direito e ao interesse do proprietário. (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 197-8)

Não tardou até que estes conceitos reverberassem na interpretação do Direito.

Leon Duguit, sob a premissa de que o "o homem vive em sociedade, sempre viveu e só pode viver em sociedade com o seu semelhante" (DUGUIT, 2009, p. 39), percebeu a contradição da ideia de propriedade e autonomia da vontade ilimitadas e sem freios, dissociadas de qualquer dever em sentido amplo (que poderia ser denominada "propriedade-vontade"), reconhecendo que, ao lado dos atributos do direito de propriedade, concorriam deveres do proprietário com relação a terceiros, que o tornavam social e economicamente funcional, com

o propósito de assegurar segurança jurídico-institucional e estabilidade social[13] entre todos os indivíduos (traduzindo a ideia de "propriedade-função"):

> O próprio direito de propriedade só deve ser atribuído a certos indivíduos que se encontrem numa característica situação económica, como poder desempenhar livremente a missão social que lhes cabe em virtude da sua situação especial. [...]
>
> A propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra. (DUGUIT, 2009, p. 48-49)

A despeito das ferozes críticas de Duguit, esse modelo de propriedade e autonomia da vontade preponderante à satisfação de interesses privados penetrou no Século XX, mas agora "dançando da direita para a esquerda e da esquerda para a direita" (PEREIRA, 1999, p. 66) em decorrência de novos regimes jurídicos que surgiram com o propósito de humanizá-las, em benefício da coletividade ou do bem comum.

Em consequência, o estado que pouco interferia nas relações privadas no Século XIX passou a adotar uma postural diametralmente oposta no Século XX passando a estabelecer normas de ordem pública e cogentes para interferir nas relações econômicas da sociedade (RIPERT, 1947, p. 51), ainda que regidas pelo Direito Privado, ponto termo à "mística contratual" de equilíbrio perfeito entre os indivíduos que governou a ciência jurídica durante naquele período (WALD, 2009a, p. 209).

2. Substituição (ou aperfeiçoamento) do individualismo pelo solidarismo

A promulgação da Constituição de Weimar de 1919 desencadeia este processo cultural-histórico que, de forma expressa, afirma que a propriedade obriga o seu titular,[14] embora o tenha feito de forma programática ao subordinar a eficácia plena da regra a ato do legislador infraconstitucional (GRAU, 2012, p. 40).

---

[13] Importante esclarecer que a ideia de estabilidade social não contradiz ou impede a mobilidade sócio-econômica do indivíduo.

[14] Não se desconhece que a Constituição mexicana de 1917 tenha sido a que inicialmente mencionou a função social dos institutos jurídicos. Porém, é inegável que foi a Constituição de Weimar que maior impacto causou nos juristas e na produção legislativa dos demais países, o que muito se deve à vanguarda da ciência jurídica germânica.

A partir da Constituição de Weimar o vínculo então ilimitado entre o titular e o direito de propriedade, que guiou a legislação oitocentista de que o Code Civil e o BGB são expressões máximas, começa a ser paulatinamente rompido, passando o sistema jurídico a afirmar o sentido tanto individual, quanto social de seus institutos, colocando-os como um fator de progresso e bem-estar comunitário dos homens.

Esse movimento de absorção do Direito Civil (ou, mais precisamente, do Direito Privado) pelas constituições e de funcionalização dos institutos jurídicos privados implicou modificações na estrutura das relações jurídicas, econômicas e sociais pois, em certa medida, demonstrou suas interrelações com o Direito Público.

Todo esse cenário gerado a partir da estruturação jurídica da Revolução Francesa se catalisou na figura do Estado Liberal que, a partir do movimento de constitucionalização do Direito Civil, levou ao surgimento do Estado Social (ou de Bem Estar Social) que procura associar o desenvolvimento econômico resultante do individualismo e do sistema capitalista à funcionalização dos direitos individuais para promoção de solidariedade social, dando surgimento à figura do dirigismo econômico (ou contratual ou estatal):

> Esse Estado do Bem-Estar Social reclamou outra noção do direito de propriedade, a demonstrar uma relação entre este e o sistema político, e a inserir claramente a noção de deveres do proprietário, com o que passou a ter exemplo claro de direito subjetivo, com deveres para o seu titular (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 179)

No dirigismo econômico, as normas jurídicas deixaram de possuir o caráter condicional das grandes codificações dos Séculos XIX e XX, quando apenas toleravam ou estabeleciam um padrão de comportamento social (em seu caráter positivo) ou o reprovavam, com a imediata cominação de sanção ao infrator (em seu aspecto negativo), passando a adotar um caráter finalístico por meio do estabelecimento de padrões de comportamento a serem respeitados nas relações interpessoais e no exercício da propriedade (WALD, 2009a, p. 211), aptos a equalizar a desigualdade material entre os indivíduos e a imprevisibilidade das novas situações fruto das frenéticas que a sociedade massificada (e em especial a sociedade da informação) produz de forma incessante:

> Karl Larenz, considerando os limites da liberdade contratual, oriundos do liberalismo e que advieram justamente do que se pode chamar ‘efeitos colaterais’ decorrentes da prática de um capitalismo sem barreiras; afirma a indispensabilidade de regras de equalização da Justiça ou a defesa dos socialmente mais fracos. (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 119)

Segundo este ponto de vista, o movimento de constitucionalização do Direito Civil se operacionalizaria a partir do resgate do ideal de fraternidade da Revolução Francesa com os influxos da evolução social ao longo dos Séculos XIX e XX conformando-o às modernas concepções de indivíduo e sociedade.

3. A categorização jurídica da socialidade

A igualdade formal (ou estática), baseada no ideário oitocentista de que todos são iguais perante a lei, inegável conquista da Revolução Francesa, deixou de representar os valores que a complexa sociedade contemporânea deseja proteger.

A dinamicidade que as relações humanas após a Revolução Industrial e especialmente depois das Duas Grandes Guerras exigiu novas abordagens sobre a garantia fundamental de igualdade e do próprio individualismo, com o escopo de que este direito não fosse tratado como um mero título de nobreza, um simples adorno, mas como postulado básico de toda e qualquer relação intersubjetiva.

Surgida nesta quadra histórica, a socialidade almeja a reinterpretação dos diversos institutos de Direito Privado sob uma ótica mais ampla e não-excludente,[15] i.e., busca assegurar que os direitos sejam exercidos não apenas com vistas à sua função econômica de circulação de riquezas (máxima eficiência), mas também à promoção de justiça e equidade nas relações jurídicas e no exercício dos direitos:

> Em relação ao Direito, a noção de eficiência não se prende ao resultado máximo. A ênfase recai sobre justiça e equidade. A questão, para Stigler (1992) está entre eficiência e justiça, prosperidade ou depressão. (SZTAIN, 2016, p. 25).

Segundo Arruda Alvim, a socialidade constituiria "o valor contraposto e superador do individualismo" (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 138), o que parece constituir uma contradição em termos.

[15] As alterações mais significativas do sistema de 1916 para o vigente dizem respeito à disciplina concretizadora do valor que tem sido denominado de socialidade (a que se alia a sua operatividade) e à ênfase que se tem atribuído a este valor, especialmente no âmbito do direito de propriedade (e do contrato). Este valor constitui-se em uma das expressões do caráter social que se imprimiu ao Código Civil vigente, com descarte da intensidade do tônus do individualismo, impondo ao direito de propriedade perfil e desempenho de uma função social (v. o art. 2.035, parágrafo único). (ARRUDA ALVIM, 2009, pp. 3-4)

Dado que a sociedade é orgânica e que o mercado (enquanto "locus" de circulação da riqueza e realização dos interesses humanos) não pode ser separado da própria estrutura social (HAYEK, 2013, p. 154-155), a visão da socialidade como um contraponto do individualismo e do liberalismo não se mostra correta nem adequada, tanto que o próprio texto constitucional brasileiro (assim como o de outros países) se expressa no sentido de conciliar os valores da livre iniciativa (plexo no qual se fundem individuo, interesses individuais, propriedade e contrato) com os do trabalho (aqui entendido como a atividade humana em sentido estrito), como se vê nos Arts. 1º, IV e 170, Caput e Incisos II e III, da Constituição de 1988.

Informado por este novo axioma, o sistema jurídico (nacional e estrangeiro) foi paulatinamente revisitando os conceitos estritamente individualistas próprios da legislação inspirada no Code Civil e os reconfigurando para atingir a meta de funcionalização econômico-social dos institutos jurídicos exigida pelas novas estruturas sociais que formataram a sociedade contemporânea no curso do Século XX.

Neste sentido, a moldura jurídica do conteúdo do direito de propriedade ilimitado do ancién regime foi ressignificado para conciliar o exercício dos poderes inerentes ao domínio às expectativas do titular com respeito ao bem comum, processo que igualmente afetou a autonomia da vontade e, por conseguinte, o instituto do contrato instituindo o regime de autonomia privada condicionada por normas de ordem pública e caráter cogente tendentes à "funcionalização das estruturas jurídicas" (TEPEDINO, 2008, p. 396)

O objetivo final da socialidade, que se interconecta à operacionalidade do sistema jurídico, é assegurar que o maior número de indivíduos seja material e concretamente possa ter acesso a bens e serviços, i.e., seja efetivamente abrigado pelo sistema jurídico em sua expressão mais ampla.

A influência da socialidade no sistema jurídico espelha uma característica do Direito que, como produto social, amolda-se no tempo-espaço e se adapta às necessidades de cada momento histórico buscando conciliar as exigências dos indivíduos e da sociedade (WALD, 2009, p. 130), aqui entendida como o bem comum que proporciona a produção de segurança jurídica e justiça intrínseca entre seus membros tanto interna (interesses individuais) quanto externamente (interesses plurais) sem contudo afetar o núcleo essencial dos direitos subjetivos.[16]

[16] A este respeito, Arruda Alvim esclarece: "O que se acentua é que o núcleo, ou a disciplina fundamental do direito das coisas, inclusive no liberalismo econômico, regeu-se por normas de ordem pública. Sucessivamente,

4. Função social dos institutos jurídicos de direito privado

Dentro do sistema jurídico, a socialidade se manifesta por meio da função social dos institutos de direito privado.

Embora a legislação delimite consequências para o descumprimento da função social, como a possibilidade de anulação de contratos ou a sujeição à desapropriação, previstas respectivamente no art. 2035, § único, do Código Civil de 2002[17] e no art. 184 caput, da Constituição de 1988,[18] a delimitação do conteúdo da função social é uma das tarefas mais difíceis do Direito Contemporâneo e, certamente, a fonte de todas as críticas que o conceito recebe na literatura jurídica nacional e estrangeira (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 260).

À míngua da efetiva conceituação da figura da função social, salvo raríssimas exceções (de que é exemplo o § 2º do art. 182 da Constituição de 1988),[19] o intérprete deve buscar identifica-lo no sistema jurídico, respeitando a hierarquia e topologia dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna:

> O que nos parece – e para uma solução parcial do problema, ao menos no que se refere ao ordenamento positivo brasileiro – é que devem ser levadas em conta (na aplicação do princípio da função social, seja pelo Estado-juiz, seja pelo legislador, este último na condição de destinatário principal do vetor, que deverá com legislação ordinária dar consecução ao mandamento constitucional) algumas balizas fornecidas pela própria Constituição Federal, quais sejam, seus arts. 182, 184 e 186 (v. item seguinte – "4.3.1 Função social

---

mantendo-se constante esse regramento, passou-se a interferir no perfil do direito de propriedade (utilidade, âmbito do direito de construir, necessidade de licenças etc.), principalmente por meio do que usualmente se designa por limitações ao direito de propriedade ... sem contudo ofender 'sua estrutura elementar e irredutível'." (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 180)

[17] "Art. 2.035. ...

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.

[18] "Art. 184. 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."

[19] "Art. 182. ...

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

> da propriedade – referências históricas precedentes"). (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 260-1)

Logo, como a propriedade e a liberdade (de contratar) estão asseguradas na forma de garantias constitucionais, a aplicação da função social, garantia de igual valor dentro do sistema jurídico, sua aplicação deverá ser sempre convergente e nunca excludente, quer dizer, os valores de ambos os institutos deverão ser compatibilizados para maximizar os demais vetores nos quais se funda a sociedade, como os valores da livre iniciativa e da divisão do trabalho.

A compreensão de função social exige, em primeiro lugar, a identificação do núcleo central do instituto particular examinado, quer se trate de propriedade ou a autonomia privada; identificado o núcleo central do instituto, o intérprete deverá buscar todas as interrelações que ele proporciona, ponderando não apenas os aspectos sociais ou de bem comum, mas também as externalidades econômicas positivas e negativas envolvidas, o que decorre não apenas da complementariedade entre os ramos do conhecimento humano, mas das recíprocas implicações que jurídico, econômico e social possuem (COOTER, ULEN, 2010, p. 33-34).

A funcionalização de um direito real, por exemplo, deverá necessariamente reconhecer o tipo nuclear do poder de exclusão inerente ao direito de propriedade, que é absoluto por sujeitar toda a coletividade independentemente de qualquer ato exterior de vontade (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 143-144),[20] o mesmo acontecendo quando aos direitos pessoais de família e os de personalidade (ARRUDA ALVIM, 2009, p. 144),[21] enquanto a funcionalização de um direito pessoal, como o exercício da autonomia privada e a faculdade de contratar, deverá ser compreendida sob a ótica da relatividade dessa relação que afetará apenas os indivíduos diretamente envolvidos, salvo exceções perfeitamente caracterizadas e também conformadas sob o modelo de garantias fundamentais, como, exemplificativamente, é o caso da nova teoria do contrato (em muito impulsionada pela tutela dos consumidores) criada a partir da releitura e aperfeiçoamento da teoria da autonomia da vontade.

O contrato clássico, que emergiu do Code Civil e que objetivava derrubar o ancien régime e permitir o desenvolvimento do incipiente capitalismo, era dirigido pelos princípios da

---

[20] Ante a ambivalência da expressão, esclarece Arruda Alvim que: *"Direitos absolutos* são aqueles que existem em relação a todos *(erga omnes),* ou seja, aqueles em que ao poder ou à faculdade do titular do direito corresponde um dever de abstenção de todos os demais. Ao contrário, são *direitos* esse comportamento consistir não somente em uma abstenção, senão que, também (e, principalmente) em uma ação ou fato positivo.".

[21] "À categoria dos direitos absolutos pertencem, entre outros, os direitos da personalidade, os direitos puros de família, os intelectuais (tendo em vista os seus aspectos morais; e, mesmo, os intelectuais tendo em vista o atributo da exclusividade; ..."

obrigatoriedade ("pacta sunt servanda") e da relatividade ("res inter alios acta neque prodest") sintetizados na máxima "laissez-faire", segundo o qual o vínculo contratual subordinava perpetua e imutavelmente aqueles que manifestaram sua vontade, i.e., os contratantes.

As exigências da segunda metade do Século XX, em especial após a capitulação da Segunda Grande Guerra e incessante avanço tecnológico, trouxeram "a necessidade de acelerar, simplificar, uniformizar a série infinita das relações entre as empresas e a massa de consumidores" (ROPPO, 2009, p. 69) que culminaram em um processo de despersonalização e desmaterialização das relações de troca que era, há tempos, denunciada por Ripert (RIPERT, 1947, p. 351-353).

Ao lidar com esta realidade e sob a influência do solidarismo, o sistema jurídico buscou sem abandonar os elementos clássicos, assegurar a funcionalização social do instituto para adequá-lo a um contexto sócio-econômico que não era imaginado pelo ancién regime, exemplificativamente abrandando (mas não eliminando) a força obrigatória dos pactos e priorizando a tutela da confiança dos contratantes sem contudo desprezar o papel da autonomia da vontade neste processo (MARQUES, 2004, p. 232-3), vale dizer, ressignificou o contrato sob o prisma da função social instituto sem desprezar sua lógica interna e seu núcleo central, que perpassa pela compreensão da formatação jurídica do contrato assecuratória de exequibilidade ("contrato-conceito jurídico") e de sua função na sociedade de propiciar a circulação de riquezas ("contrato-operação econômica") (ROPPO, 2009, p. 7-8).

Esta modalidade de intervenção do estado no ambiente econômico por meio da funcionalização de institutos de Direito Privado, com a objetivo final de ressignificá-los para promover um maior equilíbrio entre os agentes de mercado, i.e., os indivíduos, fomenta a criação de uma ordem espontânea que, a partir da perfeita delimitação do conteúdo de direitos de propriedade e de liberdade contratual, permite a todos a produção, comercialização e consumo de bens e serviços da forma mais eficiente possível (GONZÁLES NIEVES, 2008, p. 30-31).

Atualmente, em razão da fluidez do conceito de função social, inclusive com acirrada discussão (perigosamente retórica) sobre a eficácia da norma de impor comportamentos positivos ao titular da propriedade ou outro instituto envolvido, não existe qualquer uniformidade no tratamento do tema pela literatura jurídica, o que se reflexa na produção de decisões jurídicas em múltiplos sentidos:

> Ocorre que a formalização da expressão "função social" não resolveu e ainda não resolve, por si só, o problema do exercício dos direitos subjetivos. A indefinição e a fluidez do conceito de função social possibilitam as mais diversas interpretações, inclusive no que diz respeito à possibilidade de o proprietário ter ou não obrigações positivas em razão da propriedade (FALLE, 2012, p. 175).

O uso retórico da linguagem para conformar o conceito de "função social" chega a extremos de negar eficácia ao texto constitucional[22] que, como se sabe, contempla o direito de propriedade como garantia fundamental do cidadão (art. 5º, caput c/c XXII, CF/88) e, indo mais longe, o eleva ao "status" de princípio da ordem econômica (art. 170, II, CF/88), o que é um contrassenso ao passo que o um dos fundamentos da República é o sistema de livre iniciativa mediante a divisão do trabalho, leia-se, capitalismo (art. 1º, V, CF/88).

Neste contexto, a funcionalização do direito não pode ser confundida com uma espécie de publicização do Direito Privado, tampouco implicar a sonegação de posições jurídicas garantidas pela ordem jurídica ao titular do direito em jogo, quer por ato judicial, quer por ato legislativo, o que, se um lado poderia caracterizar arbítrio ou discriminação, de outro implicaria anular a aplicabilidade e eficácia de um direito fundamental em benefício de outro de igual valor e importância, vez que igualmente enunciados no art. 5º caput e incisos XXII e XXIII do Constituição de 1988, igualmente fundado nos valores da República (art. 1º, II e IV, CF/88).

Permitir que, a pretexto de funcionalizar, se possa anular ou restringir o núcleo central do de um instituto ou direito, privando-o de eficácia interna e social, teria por consequência direta negar a natureza absolutamente orgânica da sociedade e o papel que o Direito possui como instrumento de regulação de comportamentos e mitigação de conflitos sociais:

> O mercado não está separado da sociedade; ele é parte integrante dela. Nesse sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado pelas regras institucionais, especialmente pelas jurídicas (com maiores ou menores eficácias social e econômica). Portanto, não se pode dizer que o mercado seja algo artificialmente garantido pelo ordenamento jurídico, como querem alguns que atacam as características de suas forças. Nesta realidade que é o mercado, as partes contratantes são e devem ser individualistas (pelo menos em contratos empresariais, talvez não em pactos de família). As partes estão, por óbvio, tentando concretizar um melhor negócio. A teoria dos jogos, para além de explicar o comportamento dos contratantes, contribui para abordagem normativa do direito contratual e para sustentar a necessidade de se criar

[22] "Tal assertiva vislumbrada no desenvolvimento da compreensão da propriedade como um "direito-meio" – como um direito fundamental que se presta especialmente a atender às necessidades de subsistência e gerar condições dignas de desenvolvimento – soma-se à percepção de que determinadas formas de propriedade não constituem direito fundamental ..." (FALLE, 2012, p. 175).

> incentivos à cooperação, que tende a gerar um saldo positivo a ser dividido entre as partes. (TIMM, 2015, p. 199)

Nada disso deveria espantar o jurista se, num pequeno exercício de digressão histórica, constatasse que a ciência jurídica, ainda que sob a égide do liberalismo antigo provindo do Code Civil e do BGB, sempre se guiou, em maior ou menor intensidade, por normas de ordem pública limitativas do direito de propriedade e da autonomia privada (RIPERT, 1947, p. 349).

Conclusão

Os institutos de propriedade, o contrato e a autonomia privada frutos do Iluminismo e positivados a partir do Code Civil são ambivalentes e procuraram assegurar, na sociedade que surgia após o fim do feudalismo e início da revolução industrial, a primazia do indivíduo e integrá-lo ao incipiente mercado de bens e serviços que nascia.

As profundas modificações sociais, econômicas e políticas ocorridas ao longo do Século XX, que culminaram no processo denominado constitucionalização do Direito Civil, introduziram o ideal de solidarismo no sistema jurídico com a proposta de mitigar os efeitos nocivos, i.e., as externalidades negativas decorrentes do uso estritamente formal e rígido dos institutos de Direito Provado sob a perspectiva oitocentista.

A legislação brasileira, assim como de outros países, incorporou o ideário de solidarismo sob a figura da função social dos institutos jurídicos, por meio do qual buscou ressignificar institutos de Direito Privado, em especial a propriedade e a autonomia privada, esta última representada pelo contrato, dando-lhe interpretação contemporânea e representativa do atual momento histórico.

Entretanto, salvo raras exceções, os efeitos da função social não estão claramente delimitados no Direito posto, gerando um ambiente de dubiedade e conflito na aplicação do conceito.

Neste sentido, o estudo procurou demonstrar que os conceitos clássicos do Direito Privado, ainda que oriundos do individualismo oitocentista, não podem ser simplesmente abandonados pelo intérprete, como sugerem alguns; ao contrário, a missão do intérprete (logo, da sociedade) deve ser compatibilizá-los com o ideal de solidarismo adotado pelo Direito contemporâneo.

Este processo de compatibilização entre individualismo e solidarismo no âmbito do Direito Privado exige, segundo a proposta, respeito ao núcleo central (ou essencial) dos institutos jurídicos abordados, quer se trate de propriedade, liberdade contratual ou outra figura correlata, buscando ressignificá-los e torná-los uteis e funcionais tanto para os indivíduos quanto para a sociedade e o mercado, i.e., pois sua supressão ou limitação injustificada (no sentido de não razoável) implicaria a negação de direitos fundamentais expressamente reconhecidos pela Constituição de 1988, motivo pelo qual o instituto da função social não pode ser confundido com uma espécie de publicização do Direito Privado.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM, Jose Manuel de. **Comentários ao Código civil brasileiro, volume XI, tomo I: do direito das coisas: livro introdutório**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COOTER, Robert et Thomas ULLEN. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas. v. 4**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Mário Publiesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FALLE, Maria Helena Correia Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. **Revista Jurídica da Presidência v. 14 n. 102**, Brasília: Imprensa Oficial, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GONZÁLES NIEVES, Isabel Cristina. **Estúdios de derecho y economia**. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

HAYEK, Friedrich August von. O uso do conhecimento na sociedade. Tradução de Philippe A. Gebara Tavares. **Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia. v. 1, n. 1**, Instituto Mises Brasil: São Paulo, 2013, p. 153-162.

HOPPE, Hans Hermann. **Uma breve história do homem: progresso e declínio**. Tradução de Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2018. Formato ePUB.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. IV. 13. ed. Rio: Forense, 1999.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução de Gilda G. de Azevedo. Rio: Freitas Bastos, 1947.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Lisboa: Almedina, 2009.

SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: direito de propriedade. **Scientia Iuris. v. 20. n. 2.** Londrina, UEL: 20016.

TEPEDINO, Gustavo et al. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. In. **O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais**. São Paulo, Atlas, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: introdução e parte geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: teoria geral das obrigações**. v. 2. 18.ed. São Paulo, Saraiva, 2009a.