

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

GUSTAVO TEPEDINO*

SUMÁRIO: 1 Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos. 2 A função social e a autonomia privada. 3 A função social e o exercício da propriedade. 4 Conclusão.

1 Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos

Nas últimas décadas, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certa desconfiança, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação axiológica, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de *ordem pública constitucional*.¹

Nesse contexto, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 veio a exigir que os institutos do direito civil (como propriedade, empresa, família e contratos) fossem funcionalizados à plena realização da dignidade da pessoa humana – princípio alçado pelo constituinte à categoria de fundamento da República² – em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da nova ordem constitucional.³

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática do direito civil brasileiro, e principal elemento normativo para a promoção dos valores existenciais. Opera-se, em decorrência do princípio, a

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

¹ Conforme se expôs em outra sede: “Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certo desdém, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública” (TEPEDINO, Gustavo. *Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, vol. 2, Editorial).

² Art. 1º da CR de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

³ Art. 3º da CR de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, a realizar, assim, processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e de renovadas situações jurídicas existenciais desprovidas de titularidades patrimoniais, tuteladas independentemente (ou mesmo em detrimento) destas.

Nesse cenário, o indivíduo, elemento subjetivo abstrato do direito civil codificado, deu lugar, na sede das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta integralmente o ordenamento. Tal mudança de paradigma resultou de processo histórico peculiar, a partir do qual se percebeu que as conquistas seculares do direito público (que produziu sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado)⁴ tornar-se-iam inoperantes, no que tange às transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional sobre as relações privadas, permeando os liames intersubjetivos estabelecidos no seio das comunidades intermediárias. Significa dizer que empresa, família, propriedade, contratos e todos os espaços tradicionais de liberdade deixam de ser considerados microcosmos imunes à incidência do dever de promoção existencial e do pleno desenvolvimento da personalidade.

Remodelam-se, assim, as relações de consumo, os contratos de massa, o exercício do direito de propriedade e do controle das empresas, o relacionamento de poder estabelecido nas entidades familiares, que se democratizam, sempre no sentido de conferir efetiva promoção da dignidade da pessoa humana, em conformidade com o mandamento constitucional.

Neste renovado direito civil interpretado à luz da Constituição, abandona-se a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo.

Tal perspectiva tem como resultado necessário a atribuição de poderes ao titular de cada situação jurídica subjetiva em conformidade com a função por ela desempenhada. Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica privada só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados não mais se justifica apenas como expressão da liberdade individual, mas, além disso, também em virtude da função que tais interesses desempenham para a promoção de

⁴ "Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento" (BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 177-178).

posições jurídicas externas, as quais alcançam e integram a ordem pública constitucional. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).⁵

Na esteira desse processo construtivo, doutrina e jurisprudência têm procurado estabelecer o conteúdo da função social dos contratos e da propriedade, com vistas a delinear precisamente os limites impostos à autonomia privada. E, de fato, embora os ditames da função social – incidente sobre toda e qualquer situação jurídica subjetiva – não se restrinjam ao contrato e à propriedade, é para a sua análise que maior esforço se tem despendido, seja por sua repercussão econômica, seja por serem objeto de expressa previsão constitucional e legislativa.

2 A função social e a autonomia privada

Positivou o Código Civil, na conhecida dicção de seu art. 421, o princípio da função social do contrato, ao estabelecer que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Tal preceito, a despeito das diversas correntes doutrinárias que surgiram acerca de seu conteúdo,⁶ deve ser entendido como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República –, bem como da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República –, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.⁷

Desse modo, no sistema em vigor, o princípio da função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil que “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”.

⁵ “Com isso não se projeta a expulsão ou a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idóneo não para ‘humilhar’ a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121).

⁶ Sobre as diversas correntes, v. TEPEDINO, Gustavo, *Notas sobre a Função Social do Contrato*, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson, *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395 e ss.

⁷ “Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: *Temas de direito civil*. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20).

Inserida no processo de funcionalização dos institutos do direito civil, a função social enseja a mitigação do princípio da relatividade dos contratos (por assim dizer, a *relativização da relatividade*), por meio da imposição de deveres aos contratantes.⁸ O princípio em tela traduz, portanto, a determinação, aos contratantes, de deveres extracontratuais socialmente relevantes, como forma de superar a já arcaica noção de que o contrato só gera deveres entre as partes. Pelo contrário, inserido que está na ordem civil constitucional comprometida com valores de solidariedade e igualdade substancial, o contrato apenas será merecedor de tutela pelo ordenamento se promover tais valores.

Tal visão costuma gerar reações de duas espécies. A primeira associa essa perspectiva funcional a ideologias autoritárias e comunitaristas – tais como o fascismo e o comunismo – que vincularam, no passado, a iniciativa privada a interesses estatais ou institucionais supraindividuais. Essa concepção não poderia prosperar, vez que a noção contemporânea de função social em nenhum momento subordina os interesses individuais legítimos a interesses ou entidades supraindividuais. A funcionalização imposta pelo constituinte, ao revés, postula a plena promoção da dignidade da pessoa humana e de seus interesses existenciais.

A segunda reação à funcionalização das situações jurídicas subjetivas vislumbra a autonomia privada como garantia pré-jurídica, reconhecida (e não outorgada) pelo constituinte como tradução das liberdades individuais. Assim sendo, os limites à liberdade de contratar jamais poderiam ser essenciais ou internos ao negócio; ao contrário, seriam sempre externos, contrapondo à liberdade os interesses de ordem pública. Nessa ótica individualista, desde que respeitados os pontuais limites externos fixados pelo legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Vale dizer, uma vez reputado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas – os contratantes disporiam de uma espécie de salvo-conduto, a lhes conferir a suposta prerrogativa de exercer a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente limitados.

Tais objeções, contudo, referem-se a conceito de função inteiramente ultrapassado. Nos dias de hoje, ao contrário, o recurso à função revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, das situações subjetivas e de todas as relações jurídicas, aos valores sociais consagrados pelo ordenamento a partir de seu vértice hierárquico, o texto constitucional.⁹

⁸ A esse respeito, já se afirmou, em outra sede, que o esmorecimento do princípio da relatividade “não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção aos próprios contratantes, o que amesquinaria a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, postos legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato. De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social” (*Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula do the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251).

⁹ “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for

Com efeito, consiste a função em elemento interno e razão justificante da autonomia negocial, não no sentido de se subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, vale repetir, mas com vistas à instrumentalização das estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, a permitir o controle dinâmico e concreto da atividade privada.

A partir da análise funcional do contrato e das situações jurídicas subjetivas, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos centros de interesse – como ocorre na (cada vez menos significativa) distinção entre direitos reais e obrigacionais¹⁰ – e cede lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais.¹¹ Tais relações diferem na medida em que desempenham funções díspares, atraindo, por conseguinte, disciplinas igualmente diversas.

A adoção desta perspectiva funcional enseja, ainda, a revisão de diversos cânones do direito privado, impondo-se, notadamente, a superação da técnica da subsunção pelo aplicador das normas jurídicas. Tal método, baseado no raciocínio silogístico, limita-se a enquadrar o fato (premissa menor) à *fattispecie* abstrata prevista na norma (premissa maior), daí decorrendo a conclusão – pretensamente rigorosa, de modo a mascarar as escolhas ideológicas do intérprete. Deve-se, ao revés, no processo unitário de interpretação e qualificação do fato, confrontar este último com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável para a hipótese concreta.¹²

individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12).

¹⁰ Relativizaram-se muitas das características que tradicionalmente diferenciavam as duas categorias. No âmbito dos direitos reais, observa-se que: “Não se pode negar que as servidões prediais e as grandes incorporações imobiliárias se constituíram numa espécie de tipos abertos, cujo conteúdo foi sendo fixado, não sem ousadia, pelo operador econômico, delineando-se um quadro riquíssimo de servidões rurais, condomínios com dimensões fabulosas, empreendimentos de *shopping centers*, multipropriedades imobiliárias e condomínios de fato, utilização de espaços em cemitérios, tudo isso sem que houvesse previsão legal específica. [...] Dessa forma, deve-se redimensionar a discussão quanto ao princípio do *numerus clausus*, mesmo se admitindo, desde logo, que a reserva legal para a predisposição de uma nova figura real é inderrogável, por traduzir princípio de ordem pública” (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 38-39). Por outro lado, no direito obrigacional, assistiu-se a uma reformulação do princípio da relatividade, de forma a permitir que os efeitos do contrato sejam estendidos a quem não fosse parte contratante, “sempre que tal extensão tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais, ou demais valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 234).

¹¹ “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos (...). No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário” (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*, cit., p. 106).

¹² Ao propósito, observou-se argutamente: “Tamanho redirecionamento exige uma teoria da

É a perspectiva funcional que permite que o controle social sobre os atos de autonomia privada não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados – em simples valoração de licitude segundo a qual, por exemplo, uma locação cujo objeto não fosse proibido por lei resultaria sempre legítima –, dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo no caso em exame, a verificar qual função econômico-individual desempenha a *fattispecie* concreta.¹³

Tal juízo de merecimento de tutela apenas se revela possível por meio da aplicação das normas constitucionais como núcleo valorativo hierarquicamente superior e indispensável para a unificação do sistema. Cumpre evitar, para tanto, que os princípios constitucionais, dotados de menor concretude, percam sua força normativa diante das regras, que apresentam maior densidade e detalhamento regulatório. Torna-se fundamental, por isso mesmo, a releitura de conceitos tradicionais do direito privado a partir da tábua axiológica constitucional, “parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema”.¹⁴

Nesse contexto, a função social definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras. Sendo assim, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se a transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais.¹⁵

A autonomia privada, assim, não mais pode ser concebida como valor absoluto, o qual apenas poderia sofrer restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.

interpretação jurídica que, diferentemente da tradicional, não se limite a uma operação formalista, por meio da fria subsunção da situação fática à norma que a descreve de modo mais minucioso, mas que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização de seus valores fundamentais” (SCHREIBER, Anderson, “Direito Civil e Constituição”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2011, p. 15).

¹³ “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela” (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, cit., p. 92).

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo, *Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional*, In Nelcír Antoniazzi, (Org.), *República, Poder e Cidadania: Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados*, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, vol. 2, p. 1142.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo, et alii, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, somente sendo considerada merecedora de tutela se promover, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais.¹⁶ Impõe-se ao intérprete, portanto, verificar se os atos de autonomia privada fazem jus à proteção do ordenamento, concedida se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes (perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses), mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes voltados à promoção dos valores constitucionais.

Em definitivo, a função social – elemento interno dos atos jurídicos – impõe aos titulares de situações subjetivas a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não se reputar merecedor de tutela o exercício da liberdade de contratar. Busca-se tutelar, com o contrato, não apenas os interesses das partes mas, também, o interesse social alcançado.¹⁷

3 A função social e o exercício do direito de propriedade

No âmbito de uma ampla reforma de matriz econômica e social, a disciplina da propriedade foi significativamente transformada pela Constituição brasileira de 1988, de tendência nitidamente personalista e solidarista. O texto trouxe inovação de forma provavelmente nunca antes vista no tratamento do exercício do direito de propriedade, promovendo sua funcionalização aos valores sociais e existenciais, quase quinze anos antes que o codificador de 2002 assim também viesse a fazê-lo.

Tal caráter inovador da Constituição de 1988 se revela evidente a partir de uma análise – ainda que breve – da história do direito civil brasileiro desde o Código Civil de 1916 até que se chegasse ao estágio atual. O referido diploma era fruto da dogmática civilística clássica, na qual se estudava a propriedade do ponto de vista exclusivamente estrutural (a partir do conjunto de poderes atribuídos ao proprietário). Com isso, o Código Civil de 1916, assim como outros códigos de ordenamentos da família romano-germânica, limitava-se a descrever e assegurar os poderes do proprietário. De um lado, o conteúdo econômico do domínio ou senhoria, composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. De outro, o conteúdo propriamente jurídico, consubstanciado na faculdade de repelir, mediante ações próprias, a ingerência alheia.¹⁸

¹⁶ “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis (...) a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*, cit., pp. 18-19 e 277).

¹⁷ “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também aquele da coletividade” (*Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*, cit., p. 121).

¹⁸ Assim, nos termos do art. 524 do Código Civil de 1916: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente

A positivação do direito de propriedade funcionou, desse modo, como garantia de poderes conferidos ao titular do direito subjetivo com vistas à tutela do conteúdo econômico e jurídico do domínio. De uma parte, o ordenamento assegurava ao titular do direito de propriedade um instrumental de tutela da senhoria, esgotando-se, assim, no direito subjetivo individual do proprietário, a possibilidade de aproveitamento econômico do bem.¹⁹ De outra, garantia ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem a detivesse, conferindo-lhe legitimidade para o exercício de ações postas à sua disposição para afastar as ingerências externas – ações possessórias e petitórias –, circunscrevendo-se assim a tutela jurídica do domínio como expressão máxima do direito subjetivo patrimonial.²⁰

O Código Civil de 1916, como se pode notar, não cogitava do aspecto funcional do instituto no sentido que atualmente se reconhece à função social, vale dizer, como elemento jurídico efetivamente presente no núcleo de poderes do proprietário.²¹ A propriedade somente era limitada por razões de natureza externa, que se resumiam às normas de ordem pública, responsáveis por impedir eventuais atos emulativos por parte do proprietário.²²

Posteriormente, verificaram-se referências à função social da propriedade nas Constituições Brasileiras de 1946 e de 1967 (com a Emenda nº 1/1969). A norma constitucional de 1946 incluiu a propriedade entre os

os possuiu". Ebert Chamoun ressalta a construção do direito de propriedade nos moldes do individualismo clássico: "E o conceito de propriedade continua evoluindo ao sabor das ideias individualistas. O liberalismo concedendo a todos um exercício amplo de todos os poderes fez com que se criasse um ponto de partida para a igualdade de direitos mesmo para os que têm direitos desiguais. Justamente porque as ideias individualistas grassaram na Idade Média – que é o berço do capitalismo – é que a propriedade nessa época toma um caráter de direito absoluto e daí dizer um autor da Idade Média que a propriedade é o direito de usar e abusar nos limites em que o direito da razão o tolera (*ius utendi et fruendi quatenus iuris ratio patitur*)" (*Direito Civil. Aulas do 4º ano de direito civil proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal, Rio de Janeiro: Aurora, 1955, p. 53*). Do mesmo modo, no âmbito do Código Civil francês, paradigma do liberalismo jurídico, Christian Larroumet lembra que "Il était admis, au début du XIX siècle, que l'usus et le fructus pouvaient être exercés par le propriétaire librement et 'de la manière la plus absolue' sans avoir de compte à rendre à personne, sauf, bien sûr, dans le cas où le propriétaire était lié envers d'autres personnes par des contrats relatifs à exploitation ou à la jouissance de la chose" (*Droit Civil, t. 2, Les Biens, Droits réels principaux, 3 édition, Paris: Economica, 1997, p. 127*).

¹⁹ Para uma análise crítica da construção tradicional do direito das coisas vinculado à ideia do valor de troca dos bens jurídicos, centrado, portanto, em uma acepção econômica do Direito, ver Eroulths Cortiano Junior, *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)* in RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al (coord.), in *Diálogos sobre o direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 155-165.

²⁰ V., por todos, BEVILAQUA, Clovis: "O conteúdo positivo do direito de propriedade está indicado nas expressões – usar, gozar e dispor de seus bens, que, aliás, pressupõem a posse. A defesa especial desse direito, claramente aparece nas palavras – de reavê-las do poder de quem quer que injustamente as possua, que se referem à ação de reivindicacão" (*Código Civil Comentado*, vol. III, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 45).

²¹ Neste ponto, avançou o Código Civil de 2002, ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, prevendo, desta feita, a função social da propriedade (v. art. 1.228, § 1º).

²² Nesta direção, identificando as restrições ao direito de propriedade com limitações de leis de ordem pública, ver CARVALHO SANTOS, J. M de, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, pp. 270-271. No mesmo sentido, ver, ainda, BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 96-97.

alicerces da ordem econômica, além de mencionar, pela primeira vez, a função social da propriedade autonomamente (art. 147).²³ Da mesma forma, o texto constitucional de 1967 revelava a preocupação do ordenamento brasileiro com a função social, disciplinada no art. 160, III como princípio de ordem econômica e social.²⁴ Apesar dessas previsões constitucionais acerca da função social da propriedade, o tema nunca chegara a ser assimilado de fato pelo direito civil, que parecia relegar ao princípio a mera função de orientação do legislador ordinário.

Em face da aludida dificuldade de assimilação da noção de função social pelo direito civil brasileiro, decidiu o constituinte de 1988 adotar medidas diversas das anteriormente verificadas na história constitucional do país. Assim, a Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, prevê a função social da propriedade não somente no título referente à ordem econômica e financeira (Título VII), mas também naquele referente aos direitos e garantias fundamentais (Título II). A inserção da matéria neste último, mais precisamente no art. 5º, inciso XXIII – ao lado, portanto, da cláusula pétrea de proteção da propriedade privada (art. 5º, XXII) – alça o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental.

Observa-se, ainda, que a Constituição de 1988 prevê, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade humana, nos termos do art. 1º, III. Em seguida, descreve como objetivos fundamentais, conforme a dicção do art. 3º, I e III, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social) e a diminuição das desigualdades sociais e regionais (princípio da igualdade substancial).

Nesse cenário, parece imperioso reconhecer que a definição dos fundamentos e objetivos centrais da República, bem como a previsão expressa do aspecto funcional da propriedade como direito fundamental, levam à conclusão de que a Constituição de 1988 subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais.²⁵ Reforça essa conclusão o entendimento de que todos os princípios referidos são dotados de *status* de norma jurídica constitucional – localizados, portanto, no ápice hierárquico do ordenamento. Não podem, desse modo, ser reduzidos a letra morta, devendo, ao reverso, vincular os titulares de direitos patrimoniais e definir o conceito jurídico de função social. O ordenamento, por conseguinte, diante do texto constitucional, não mais se coaduna com a visão da propriedade privada como espaço imune à ingerência do Poder Público, espécie de salvo-conduto para a liberdade individual.

²³ Nos termos do art. 147 da Constituição da República de 1946: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

²⁴ Constituição Federal de 1967, art. 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”.

²⁵ Sobre o tema, CATERINI, Enrico afirma que “i rapporti reali saranno ‘garantiti’ da una funzione sociale costituzionale che realizza scopi reputati primari dall’ordinamento costituzionale, come la salute e la dignità umana, la libertà e la sicurezza, il lavoro quale strumento di realizzazione della personalità e l’ambiente come interesse esistenziale” (*Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato: Proprietà*, diretto da PERLINGIERI, Pietro, vol. III, Napoli: Scientifiche Italiane, 2005, p. 119).

Ao revés, se o ordenamento é unitário, e se tais deveres constitucionais são vinculantes – sob pena de não se preservar a própria noção de ordenamento –,²⁶ a função social da propriedade, como expressão da primazia constitucional dos valores da solidariedade, igualdade e dignidade humana,²⁷ torna-se elemento interno do domínio. Desse modo, exige-se que as liberdades individuais tenham por função, ao lado da legítima preocupação com os interesses de seu titular, o alcance de interesses socialmente relevantes atingidos por seu exercício.

Assim, os requisitos insculpidos no art. 186, informados pelos aludidos princípios, oferecem ao legislador (em particular no que se refere aos planos diretores das cidades e à reforma agrária) e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: o exercício do domínio somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada, e reafirmada pelo art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002. Tal conclusão tem grande repercussão prática e as suas consequências fazem-se notar, por exemplo, na hipótese de desapropriação por utilidade pública.

Tradicionalmente, identificava-se na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da “*massima signoria sulla cosa*” – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva. Diante da adoção pelo ordenamento brasileiro da função social da propriedade, todavia, esse entendimento foi drasticamente superado: com efeito, a propriedade não mais pode ser vista como a atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente,²⁸ ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo,²⁹ de tal forma que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A definição do conteúdo da propriedade, em vez disso, se dará a partir

²⁶ Seja consentido remeter, sobre a matéria, a TEPEDINO, Gustavo, *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, onde se aduz: “Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. (...) E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas” (pp. 314-315).

²⁷ Trata-se, em verdade, da primazia da própria pessoa humana como núcleo valorativo do ordenamento. A respeito da Constituição italiana, mas de todo aplicável ao caso brasileiro, afirma PERLINGIERI, Pietro: “A presença, na Constituição [italiana], de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna etc.) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana (art. 2), [...] permite considerar de forma qualitativamente diversa o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva” (PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 585).

²⁸ V., a título de exemplo, a refinada construção de PASSARELLI, F. Santoro, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 8, segundo o qual, “questi doveri [impostos ao proprietário] si possono anche, se si vuole, considerare come sorgenti dallo stesso diritto di proprietà, a patto di mantenerli, come sono, fuori di quel nucleo caratteristico del diritto soggettivo, che è il potere di soddisfare un proprio interesse e soltanto il proprio interesse”. Para uma substancial crítica a tal posição, v. Scalisì, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 221 e ss.

²⁹ U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980, 2ª ed. Riv. e ampl. (rist.), pp. 187-202.

de centros de interesses extraproprietários, que deverão sempre ser regulados de acordo com a concreta relação jurídica de propriedade.³⁰

Tal conclusão oferece valioso suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo. Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo “*il titolo giustificativo, la causa dell’attribuzione*”³¹ dos poderes do titular, ou seja, “*il fondamento dell’attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale*”.³²

No panorama contemporâneo, dito de outra maneira, já se superou a antiga concepção em que a propriedade privada atendia apenas aos interesses do proprietário. Com efeito, ela se tornou, isso sim, instrumento para a proteção da pessoa humana; a utilização dos bens privados e o conseqüente exercício do domínio devem, portanto, respeitar e promover as situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas. A função social não se limita, assim, a mero conjunto de restrições externas ao domínio, mesmo porque restrições desta natureza sempre existiram. A funcionalização do instituto da propriedade consiste na introdução de um critério de valoração da própria titularidade, segundo o qual atuações positivas passam a ser exigidas do titular, a fim de que seu exercício se adeque à tarefa que dele se espera na sociedade (por força não apenas de anseios morais da mais alta valia, mas também – e principalmente – por força, como já ressaltado, de comando constitucional).

A propriedade afasta-se, desse modo, de sua tradicional feição de direito subjetivo absoluto, ou, ainda, limitado apenas negativamente, para converter-se em situação jurídica complexa, que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo passa a depender de interesses extraproprietários, a serem regulados no âmbito de cada relação jurídica. Como dito, a função social há que ser definida em cada estatuto, isto é, diante das circunstâncias do caso concreto.

Na esteira dessas considerações, merece destaque uma significativa decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 1998. Na hipótese, empresa arrendatária de imóvel rural (Fazenda Primavera) viu sua posse esbulhada por cerca de 600 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que invadiram o terreno, ocupando-o. Ajuizou, em virtude disto, ação de reintegração de posse com pedido liminar, concedido pela juíza de primeiro grau, em decisão agravada pelo MST com pedido liminar de efeito suspensivo da liminar, deferido pelo Des. Rui Portanova, em regime de plantão.

³⁰ Sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada* in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 4ª ed. p. 321 e ss.

³¹ P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, in *Legal. e giust.*, 1983, p. 449.

³² S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino, 1968, cit., p. 139.

A decisão judicial deu provimento ao Agravo impetrado pelo MST, fundamentando-se, basicamente, no não cumprimento da função social da propriedade arrendada, e na prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas. A constatação do desatendimento da função social foi levada a cabo pelo tribunal, com base nas relações jurídicas concretas, instauradas entre o arrendatário e os titulares da posse, incorporando, nas razões de decidir, quase que intuitivamente, o conceito de propriedade como situação jurídica complexa e dinâmica, funcionalizada ao atendimento de necessidades não patrimoniais.³³

Ao lado dessa visão renovada da propriedade e das situações jurídicas patrimoniais, o acórdão enfoca um segundo importantíssimo aspecto, consistente na distinção entre *atendimento de função social* e *produtividade econômica*, conceitos frequentemente tomados como sinônimos, conforme se vê do voto da Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos: “A posse da agravada está comprovada não só pela identificação e instrumento acima referido, como pelo uso efetivo da área para atividade agrícola. A agravada mantém empresa em pleno funcionamento. Existem escritórios, casas, demais prédios para uso de empregados e oficinas, armazéns, silos e outros. (...) Não tenho qualquer dúvida que a Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais tem a posse, sendo a área útil e produtiva, portanto, observando o fim social a que se destina”.

De fato, tem sido recorrente a confusão entre o atendimento à função social da propriedade rural e o seu aproveitamento econômico. A produtividade pode ser considerada um dos aspectos relevantes para que a propriedade alcance sua função social, devendo, contudo, estar associada à promoção de valores existenciais, consagrados pela Constituição nos princípios e objetivos fundamentais da República.

O constituinte já se manifestara neste sentido ao indicar, no art. 186, outros valores extrapatrimoniais – além dos já enunciados em seus artigos iniciais (e.g., a preservação do meio ambiente) – que devem ser atendidos pela propriedade rural a fim de comprovar a plena realização da sua função social, em conformidade com a disciplina constitucional do instituto. O art. 184, por sua vez, coloca à disposição da Administração Pública meios hábeis a garantir a efetividade desta disciplina; efetividade que, aliás, não pode ser obstada por uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Chegou-se a afirmar que tal dispositivo consistiria em grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação da tutela constitucional contra a desapropriação de latifúndios que apresentassem qualquer forma de produtividade.

A afirmação torna-se absurda à luz dos princípios constitucionais. A Constituição de 1988 – repita-se à exaustão – cuidou de funcionalizar a propriedade a valores inerentes à pessoa humana. A mera produtividade econômica não resguarda a propriedade, se não restarem atendidos os valores extrapatrimoniais que compõem a tábua axiológica da Constituição. Com isso, o latifúndio utilizado para fins especulativos, ainda que produtor de

³³ TJRS, Ag. Instr. 598360402, 19ª C.C., Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julg. 6.10.1998.

alguma riqueza, estará descumprindo sua função social, por desrespeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Não merecerá, por conseguinte, a tutela jurídica, devendo ser desapropriado, em caráter prioritário, para fins de reforma agrária.

Na espécie, constatou-se que, inobstante pudesse vir a ser produtiva do ponto de vista dos resultados econômicos, a Fazenda Primavera não cumpria sua função social, o que se extraiu da existência de débitos fiscais em favor da União. Firmou-se, então, o acertado entendimento de que não cumpre sua função social a propriedade cujo titular, embora granjeando lucros, se esquivava de suas obrigações fiscais, as quais se destinam justamente a interesses sociais de grande repercussão, a depauperar o erário e retirar do Estado os instrumentos para a consecução de políticas públicas, como reconheceu o julgado: “A função social direta da empresa produtiva é o recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e a geração de empregos”.

Da decisão comentada resulta evidente que somente no conflito concreto de interesses poderá o Judiciário valorar a utilização da propriedade quanto ao cumprimento dos deveres impostos por sua função social. A funcionalização da propriedade privada à promoção de valores existenciais não se coaduna com tentativas simplificadoras de encontrar critérios apriorísticos de atendimento da função social; é imprescindível que se levem em consideração as circunstâncias verificadas na realidade concreta de cada exercício do domínio.

A necessidade de avaliação da função social nos casos concretos tem sido, de resto, a tendência do Superior Tribunal de Justiça, revelada em diversas ocasiões. A título exemplificativo, no conflito entre o interesse do proprietário de hospital particular e o “direito do médico ao livre exercício de sua arte”, a Corte considerou prevalente este último, negando-se alegada ofensa ao direito de propriedade por médico que, mesmo não integrando os quadros de determinada clínica particular, vale-se de suas instalações para atender a cliente seu, que necessitava de cuidados. Entendeu que a propriedade desempenhava, em tal caso, específica função social.³⁴

No caso da Fazenda Primavera, contrapondo-se as situações jurídicas em jogo, tem-se, de um lado, o interesse genérico da arrendatária, inadimplente de obrigações tributárias, em gerar riquezas; de outro, o interesse de cerca de 600 famílias de trabalhadores em constituir moradia e extrair da terra trabalho e sustento, meios necessários para alcançarem patamar elementar de dignidade social, ou, como designado pelo acórdão comentado, “garantia a bens fundamentais como um mínimo social”, que lhes foi negado pelo Estado.

A Fazenda Primavera, segundo constatou a Corte do Rio Grande do Sul, não cumpria sua função social; esta constatação derivou, dentre outros aspectos, do inadimplemento de obrigações tributárias (débitos fiscais). De

³⁴ “Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. (...) Decisão que reconheceu o direito do médico (...) de internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido ao art. 524 do Código Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações (...)” (STJ, REsp 27.039-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 8.11.1993, DJ 7.2.1994).

outra parte, identificou-se a evidente necessidade de proteção aos direitos fundamentais (mínimo existencial) das 600 famílias acampadas, que se encontravam no outro polo do conflito. No confronto de tais valores, e diante da inércia do Poder Público em proceder ao assentamento, atentaram os magistrados à tábua axiológica da Constituição, e, tal como o texto de 1988, concederam primazia aos direitos fundamentais e aos valores existenciais.³⁵

Restaram, assim, sacrificados os interesses patrimoniais (e a potencialidade econômica) da arrendatária, em favor dos direitos fundamentais dos trabalhadores sem terra, cuja tutela tem estado constantemente à espera de uma atuação eficaz do Poder Executivo, em prol da reforma agrária. Exsurge da decisão a responsabilidade coletiva derivada da inoperância governamental. Vale dizer, a omissão do governo não pode mais ser considerada, segundo realidade fática inforsmável e reconhecida pelo Judiciário, um problema circunscrito aos excluídos, desgraçadamente sem terra, sem teto, sem roça, sem eira nem beira, mas deve, ao contrário, ser encarada como um drama social que atinge toda a nação e cuja superação não se pode alcançar sem se interferir no controle da riqueza e nos limites da propriedade privada.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se não teve, como advertiu o Des. Rui Portanova, o condão de dar o rumo da reforma agrária no Brasil, teve o inegável mérito de abordar a questão em consonância com a disciplina constitucional da propriedade, enfrentando os obstáculos à sua aplicação, revelando atuação incisiva por parte do Poder Judiciário, já não mais disposto a aguardar soluções políticas, distantes na sua sempre iminente realização.

A funcionalização da propriedade ao interesse social altera, assim, a concepção tradicional do domínio, de modo a legitimá-lo e justificá-lo no seio das relações sociais de aproveitamento da riqueza e de efetivação dos direitos fundamentais, sempre sob a perspectiva, inserida no rol das garantias constitucionais, de que a propriedade, além de representar o aproveitamento patrimonial (propriedade como garantia), serve de instrumento de promoção de moradia e de bem estar existencial (propriedade como acesso).

4 Conclusão

A mudança de perspectiva provocada pela funcionalização dos institutos de direito civil não se restringe à propriedade e ao contrato. O reconhecimento da prioridade axiológica da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, impõe a funcionalização de todas as categorias de direito civil, a exigir do civilista contemporâneo que se ocupe menos com a definição de conteúdo dos bens jurídicos abstratamente considerados (aspecto estático), e mais com seu exercício concreto (aspecto dinâmico). Verifica-se, assim, no exercício das posições jurídicas por seus titulares, quais situações subjetivas cumprem sua função econômica e social, de modo a torná-las, assim, merecedoras de tutela por parte do ordenamento.

³⁵ Nos termos do voto em comento: "Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta".