

BASES TEÓRICAS DA FUNCIONALIZAÇÃO OU INSTRUMENTALIDADE DE PERSPECTIVA UTILITÁRIA¹ NO SÉCULO XX- ERAS MODERNA E CONTEMPORÂNEA

THEORETICAL BASIS OF FUNCTIONALIZATION OR INSTRUMENTALITY OF THE UTILITARIAN PERSPECTIVE IN THE XX CENTURY - MODERN AND CONTEMPORANEOUS ERAS

Hudson Augusto Dalto²

Mestre e Doutorando em Direito

Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC-Colatina)

Espírito Santo (ES) - Brasil

RESUMO: Na atualidade, diante da descentralização das atividades estatais para a iniciativa privada, o Estado passou de executor e protetor das garantias e princípios constitucionais para fiscalizador e interventor das atividades empresariais. A força dessas mudanças conceituais e o forte impacto nas estruturas básicas da propriedade, do contrato e da empresa havidos na sociedade mundializada geram situações no direito e na economia mundial que transformaram as ideologias do século XX, durante e após as grandes guerras, o que delimitará o escopo da pesquisa. Na perspectiva utilitária, a função social é observada em seu desenvolvimento no sistema capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Função social. Utilitarismo. Iniciativa privada.

ABSTRACT: Nowadays, due to the decentralization of the state activities towards the enterprises, the Government changed from executor and protector of the constitutional guarantees and principles to supervisor and interventor of the

¹Expressão encontrada na obra de NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

²Professor do UNESC-Colatina/ES (graduação e pós-graduação em Direito). Doutorando em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Relações Privadas e Constituição pela UNIFLU-FDC - Faculdade de Direito de Campos. Graduado em Direito pelo UNESC - Centro Universitário do Espírito Santo e pós-graduado (lato sensu) em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ. Cursa Licenciatura em Filosofia (EAD), na Universidade Federal de Lavras-MG (2012-2015). Faz parte do corpo editorial da UNESC em Revista. Advogado no Estado do Espírito Santo. E-mail: hdalto123@hotmail.com.

business activities. The strength of these conceptual changes and its strong impact in the basic structures of property, contract and enterprise that happened in the world-wide, society produced situations in the world-wide Law and economy that transformed the ideologies of the XX century during and after the great wars, which will delimitate the aim of this research. Following the utilitarian perspective, the social function is observed in its development in the capitalist system.

KEY WORDS: Social function. Utilitarianism. Private initiative.

Introdução

Historicamente, mesmo ciente de que a iniciativa privada capitalista não tem altruísmo, nem pode existir sem que haja lucro em sua atividade, as Constituições de Weimar, de 1919, a Italiana, de 1948, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a Portuguesa, de 1976, a Espanhola, de 1978, e a Brasileira, de 1988 expressamente apresentam em dispositivos legais transmutando o vértice do direito público e privado. Estes diplomas legais estabelecem que a iniciativa privada capitalista deva ter como diretriz a função de colaborar para a implementação dos “novos” standards socioeconômicos, sob pena de não trazer a estabilidade e o bem-estar social almejados pela sociedade.

Translada-se o vértice do Direito Privado com mudanças conceituais e resignificados de igualdade - seja formal seja substancial -, solidariedade, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pelo qual se reconhecem que os direitos sociais preceituados nas Cartas Magnas devem ser realizados pela execução de políticas públicas destinadas àqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Assim, a empresa também tem sua mudança conceitual, o seu resignificado. Passa de mero estabelecimento comercial a organização produtiva da iniciativa privada capitalista podendo ser categorizada como micro, pequena, média ou mesmo em uma grande corporação. Neste último caso, às vezes tão ou mais poderosas que o próprio Estado, onde se encontra instalada. Nessa nova dimensão, as empresas impactam tanto o entorno quanto próprio o sistema econômico. Por vezes, chegam a realizar funções denominadas sociais, por serem atividades antes atribuídas ao próprio Estado que, por insuficiência ou ausência acabam sendo de sua titularidade.

Ao analisar o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais, adotada pela Resolução n.2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estabelece que “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida” e o sistematizar com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986, não ratificada, mas acolhida ao ordenamento jurídico pela Teoria Monista, observa-se que ambas serviram como fundamentos ao elenco de direitos fundamentais e no resignificado de empresa e corroboram na escolha do modelo estatal de desenvolvimento, delineado pela Constituição Federal de 1988.

Colocadas essas premissas, é cabal a relevância do assunto por sua contemporaneidade, visto que o Estado Brasileiro, a cada dia mais “legisla” e “julga” a empresa, na qualidade de sujeito de direito ativo no desenvolvimento, e a coloca como responsável em assegurar a dignidade humana, quando o Estado se mostra ineficiente ou ausente, além da função social da empresa como balizador do princípio da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988.

A problemática é a de investigar se é possível entender a função social da empresa na qualidade de balizador do princípio da livre iniciativa no contexto do Direito ao Desenvolvimento.

Quanto ao objeto geral, impende entender como está sendo entendido o resignificado da função social da empresa, no contexto da transição de responsabilidades, outrora do Estado, para as empresas visando o atendimento às deficiências básicas e mínimas, que impactam na dignidade e bem-estar do cidadão.

No que se refere aos objetivos específicos, apresentar os aspectos históricos, econômicos e de direito, que refletem a transmutação do significado de função social pela mudança do vértice no público e no privado e expor criticamente como Tratados Internacionais impactam o entendimento atual da função social da empresa trazido tanto pelas legislações brasileiras quanto pelas decisões dos Tribunais Superiores.

Tendo em vista que o estudo analisa a função social da empresa, a vertente metodológica geral a ser utilizada será a análise teórica e o estado da arte, pois se encaixam no tipo de investigação interpretativa, pois a pesquisa é permeada pela análise crítica.

Ademais, não há um único setor do conhecimento no qual se insere o objeto

de estudo da presente pesquisa. Por sua vez, também não se propõe uma simples justaposição de conteúdos de disciplinas perfeitamente separadas. Pretende-se uma verdadeira produção de conhecimento de forma interrelacionada. É uma pesquisa transdisciplinar envolvendo análise de Direito Constitucional, Civil e Empresarial, no âmbito da ciência do Direito, além de serem analisados autores de outras áreas de conhecimento.

A técnica de pesquisa a ser utilizada na pesquisa consistirá na revisão documental, através da utilização de fontes primárias de investigação, quais sejam, os documentos legislativos, bem como de fontes secundárias, como livros e artigos sobre o tema. A viabilidade da pesquisa é garantida diante do grande acervo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

1 Conceito de função social: análise ontológica

De forma geral, há diversos significados para o termo função social³. O primeiro significado lato de função social é usado em sentido amplo - finalidade. Esse significado refere-se à idéia de função social, como finalidade ou papel. A propriedade, por exemplo, tem diversas funções ou papéis. Pode funcionar como um bem destinado à moradia, ou um bem onde se explora como subsistência se mora no campo, ou para o exercício de atividade econômica⁴. Também funciona como reserva de valor, como ocorre nos países de tradição ibérica, nos quais as pessoas adquirem bens de raiz⁵ para investirem suas economias.

Diante do interesse econômico da empresa em obter espaço no sistema econômico, a empresa deve atuar de acordo com o bem comum. Nesse âmbito, uma empresa atua com função social por tem a finalidade de ser a responsável pelo bom andamento da ordem econômica, tornando-se a organizadora da atividade produtiva, a gestora das propriedades privadas relativas aos bens de produção e de serviços da empresa, e por tabela pode atender às necessidades do cidadão.

O segundo significado, usado em sentido estrito, é o de serviço realizado em benefício de outrem. Ratificando essa acepção da função social, São Tomás de Aquino, como o primeiro a formular o conceito de função social, afirma que a

³Pode haver outros significados, mas como explica Alpa e Bessone. No entanto, no âmbito do Direito as três acepções destacadas acima merecem destaque e serão utilizados na investigação da problemática, em toda a tese, não apenas nesse capítulo. ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della propriet:Il storia, funzione sociale, pubblici interventi*. Padova: Cedam, 1980 p. 243.

⁴ALPA; BESSONE, Op. Cit. p. 244.

⁵Entendidos como aqueles que não se podem desatrelar do solo, por serem por ele constituídos ou por estarem a ele incorporados (prédios urbanos e rurais, maquinário de empresa fixado no solo por ser estrutural na linha de produção, etc.).

funcionalidade ocorre quando “(...) *thatmanshouldrespecttheindividuallyappropriateassetshave a common destiny*”⁶.

Função social indica relação entre duas pessoas, sendo que uma delas age ou presta um serviço em benefício da outra de forma gratuita. Nesse sentido, o termo função social relaciona-se com o seu sentido etimológico, do latim *functio*, de *fungi* (exercer, desempenhar), que significa o *direito ou dever de agir*, atribuído ou conferido por lei a uma pessoa, para assegurar o preenchimento de uma missão.

O terceiro significado de função social é usado como responsabilidade social. Nesse caso, que aparece relacionado às atividades da empresa, na qualidade de não relacionadas com a atividade da empresa, tais como auxiliar na preservação da natureza, no financiamento de atividades culturais, ou no combate de problemas sociais, como o trabalho e prostituição infantis, mas necessários ao bem estar da população do entorno da empresa e ao próprio desenvolvimento do país.

Eros Roberto Grau entende que:

[...] não terão sido a visualização de propriedade dinâmica e a principiologia da função social da propriedade e posteriormente da empresa - fundamentos parciais, ao menos do surgimento do Direito Econômico? Observado que o princípio da liberdade de iniciativa econômica, não é senão corolário do princípio da propriedade privada dos bens de produção e considerada a afetação deste pelo princípio da função social, visualizamos, em grande parte das normas do Direito Econômico, precisamente, formas de concreção deste último. Isso se torna mais nítido ainda quando aludimos enfaticamente, à função social da empresa⁷.

“A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade”⁸. As empresas assumem funções que antes eram percebidas como de exclusividade do Estado como, por exemplo, os planos privados de aposentadorias, de saúde, incentivos à compra de bens de consumo, auxílio transporte, alimentação e moradia etc., na qualidade de vantagens eco-

⁶AQUINAS, Saint Thomas. *The Summa contra gentiles*. London: Burns Oates&Washbourne LTD. 1923. p. 93 Tradução Livre: (...) os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar.

⁷GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 131.

⁸TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. São Paulo, Revista dos Tribunais.v. 92, n.º 810, p. 33-50, abr. 2003, p. 40.

nômicas pagas como remuneração ao empregado de uma determinada empresa.

Para tal, iniciar-se-ão com estudos e análises sobre as proposições de teóricos clássicos, como: Rodolph Von Jhering, Léon Duguit, Enrico Cimbali e Karl Renner e Emilio Betti, cujos pressupostos vieram a influenciar decisivamente o substrato da funcionalização, particularmente a da empresa, no direito brasileiro como é entendida e exercida no século XXI.

2 Bases teóricas da função social da concepção finalista de Roudolf Von Jhering (1818-1892)⁹

Para compreender as premissas estruturadoras da função social, a análise de Jhering se faz relevante, haja vista ter o autor referendado - já no século XIX - uma concepção finalista do direito privado, como também ter lançado um olhar valorizador do que chamou de interesse, fator anterior à vontade e necessário para efetivação de instrumentos contratuais.

Na verdade, a obra de Jhering tem uma clara pretensão de demonstrar a simbiose existente entre o direito e as necessidades que brotam das próprias relações sociais. Para ele, não seria a partir de postulados morais que o homem se veria compelido a cumprir deveres, mas sim, a partir da construção de seu próprio interesse, como se fossem eles os responsáveis pela determinação de seu agir rumo a um fim¹⁰.

Além disso, Jhering teria sido um dos primeiros teóricos a perceber, no direito privado, uma relação de caráter teleológico. Isso porque, viu que o contrato adquiria uma repercussão social já pelo seu simples cumprimento, ao passo que as obrigações pactuadas acabariam que por movimentar os indivíduos, rumo a um fim.

Embrionariamente, para se compreender essa dita visão teleológica em Jhering, é preciso perceber que o contrato - para ele - seria o mecanismo pelo qual os indivíduos - se interessando por aquilo que não lhes pertence - buscam motivar outrem das vantagens de se estabelecer relações recíprocas. É por se desejar o que é do outro, que se procura convencer aquele das vantagens de se possuir algo que não se têm. Nesse sentido, o contrato materializa “[...] o acordo das partes quanto à perfeita congruência de seu interesse recíproco”¹¹.

⁹Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de sua obra: JHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Edição histórica. Rio de Janeiro: EdRio, 1979.

¹⁰JHERING, Op. cit. p. 7-8

¹¹Idem. Ibidem, p. 15.

A noção de interesse em Jhering é, então, decorrente de um ato individual, no qual o sujeito mira um objetivo e, posteriormente, caminha em sua direção. O interesse seria aquilo - que antecedendo a manifestação de vontade - se faz motor de convencimento, haja vista que se o homem percebe seu interesse por algo, é porque, no plano social, foi seduzido a assim desejar. É, portanto, o interesse individual - fruto do reflexo social - o responsável pela determinação do fim do contrato.

Para Jhering é exatamente o interesse que movimenta o homem a buscar a cooperação, a bilateralidade, a externalizar - por meio de um negócio - a sua vontade. O interesse é anterior a vontade e faz com que o homem manifeste o desejo de contratar. É a causa originária do resultado.

Olhando sobre esse prisma, então, a mola propulsora (interesse) pode ser meramente fruto do egoísmo dos agentes - que querem para si o que é do outro, ou - ainda - pode ser materializada em um impulso de viés social, ao passo que o homem pode estar imbuído de tão modo na sociedade, ao ponto de ser quase que compelido a se interessar por uma cooperação maior, que seja decorrente - por exemplo - do próprio fim do Estado, submetendo-se a obrigações, sem que tenha um retorno imediato, ou direto.

Verdade, que o raciocínio de Jhering, ao atrelar o interesse àquilo que está materialmente no campo - aonde os dados concretos eclodem - conduz a constatação de ser ele (interesse) um dado absolutamente volúvel. Em concreto, aquilo que seduz o homem, tem uma predisposição histórica à variação. Consequentemente, também o contrato estaria sujeito a ter sua função modificada ao passar dos anos, protegendo as condições finalísticas dos sujeitos, ou das sociedades em cada tempo.

A questão da força vinculante dos contratos não há de ser respondida mediante uma fórmula abstrata. Fazê-lo-no é muito diferente de proceder, da mesma forma no que diz respeito à questão da melhor constituição: o direito de contratar e a constituição são fatos da história, compreensíveis, portanto, somente em sua dependência em relação à história, ou seja, em função das condições e necessidades do tempo¹².

¹²Jhering, Rudolf von. A finalidade do direito. Edição histórica. Rio de Janeiro: EdRio, 1979, p. 145

De qualquer sorte, para Jhering - ainda de forte vocação liberal - o contrato seria o meio do homem cumprir os fins que se interessa, sendo sua função social¹³ um mecanismo de instrumentalização da própria força obrigacional do vínculo firmado. Além disso, o olhar de Jhering possibilitou que fosse visualizado, objetivamente, em cada momento histórico, a existência de uma espécie de uniformização de interesses, que fizeram com que contratos com objetos similares brotassem e acabassem sendo sedimentados na sociedade.

Verdade, que a contribuição da teoria do interesse de Jhering para um Direito privado funcional está muito mais atrelada à superação da teoria da vontade - alocando no interesse a possibilidade de se verificar a existência de objetivos comuns na formação de vários contratos - do que numa visão de efeitos contratuais que repercutissem para além das partes. O contrato em Jhering é primeiro um interesse, para depois se tornar vontade, sendo o cumprimento de sua obrigação sua verdadeira função. Essa função pode ser entendida como a instrumentalidade de perspectiva utilitária e efetiva. Por ser finalista, o autor apresenta dois vieses em suas razões: (I) utilitarismo e (II) efetividade. Isso é percebido no Direito Brasileiro, particularmente em sua influência na concepção dos institutos do Código Civil de 1916, além de outros diplomas legais relacionados na análise.

3 Bases teóricas da função social no realismo socializador de León Dugui (1859-1928)¹⁴

Para León Duguit - diferentemente dos sistemas jurídicos arcaicos¹⁵ - o direito moderno deveria abandonar seu caráter metafísico¹⁶ e aderir a um sistema de elaboração realista¹⁷, fincado no dado social concreto.

Esse autor - que teria sofrido influência do positivismo de Augusto Comtê e Emile Durkheim - estruturou, no âmbito teórico do direito, a construção de que a ordem privada não deveria se firmar em atitudes meramente individuais, tampouco na onipresença do Estado gestor. Para ele, cada homem deteria a obrigação

¹³Jhering não trata da função social da empresa, mas sim da função prática e negocial da promessa.

¹⁴Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraídas de suas obras: DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. e _____. Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001.

¹⁵O autor estaria se referendo, principalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e ao Código de Napoleão.

¹⁶Na acepção de Duguit, o Estado não existiria como uma entidade autônoma, sendo que o poder era exercido por aqueles homens que governavam, tal como a própria Igreja, que atribuía valores morais de seu interesse a propriedade.

¹⁷DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 174.

física, moral e intelectual de se empenhar em práticas que conduzissem a um fim socializador¹⁸.

Assim, para galgar passos justificadores de suas proposições, Duguit propôs uma análise sobre o esqueleto da teoria da vontade, que estaria permeada por características individualistas, na grande maioria ainda advindas do Direito Romano. Sintenticamente, então, resumiu quatro proposições, que deveriam ser repensadas sobre a vontade:

1ª Todo sujeto de Derecho debe ser un sujeto de voluntad.

2ª Todo acto de voluntad de un sujeto de Derecho está socialmente protegido como tal.

3ª Está protegido a condición, sin embargo, de que tenga un objeto lícito.

4ª Toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de Derecho, de los cuales uno es el sujeto activo y el otro el sujeto pasivo¹⁹.

Na percepção de Duguit, o direito moderno deveria repaginar a noção individualista de direito subjetivo. A preocupação dos indivíduos e do próprio Estado deveria passar a proteção específica de atos jurídicos que se compatibilizassem com os fins perseguidos pela própria sociedade, e não com um parâmetro de mero coroamento de cada indivíduo como sujeito de direito.

Os atos socializadores deveriam ser reconhecidos e terem atribuição de eficácia dentro de um Estado, pouco importando se quem os praticasse é ou não detentor de personalidade.

Una colectividad, asociación, corporación, fundación? Persigue un fin conforme a la solidaridad social, tal como há sido comprendida em um momento dado em el país considerado, y por consiguiente confor al Derecho objetivo de esse país? Caso afirmativo, todos los actos realizados con esse fin deben ser reconocidos y protegidos jurídicamente. La afectación de los bienes a esse fin

¹⁸“A propriedade implica, para todo detentor de uma riqueza, a obrigação de empregá-la em crescer a riqueza social. Só ele pode cumprir certo dever social, e, mercê dela, a interdependência social. Só ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer a que ele detém. Se faz, pois, socialmente obrigado a cumprir aquele dever, a realizar a tarefa que a ele incumbe em relação aos bens que detenha, e não pode ser socialmente protegido se não a cumpre, e só na medida em que a cumpre” DUGUIT, Leon. Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 276.

¹⁹DUGUIT, Op. Cit., p. 195. Tradução livre: 1º Todo sujeito de direito deve ser sujeito a um sujeito de vontade. 2º Todo ato de vontade de um sujeito de direito deve ser socialmente protegido como tal. 3º Só pode ser protegido se tiver uma finalidade legal. 4º Qualquer situação jurídica é a relação entre dois sujeitos de direito, um é o sujeito ativo e outro o sujeito passivo.

debe ser también protegida. No necessito saber si la colectividad es o no um sujeto de Derecho capaz de ser parte em um acto jurídico, sino solamente si el fin perseguido por la colectividad se conforma com la interdependência social, y si ela acto considerado se há realizado o no em vista de esse fin²⁰.

Duguit propõe a substituição da velha concepção metafísica de direito subjetivo por aquilo que denominou de função social do direito subjetivo²¹, de maneira que os atos voluntários dos agentes não dependeriam do reconhecimento de mitos de personalidade e sim, apenas, da perseguição de um fim compatível com uma realidade socializadora. Dessa forma, “[...] na lógica funcional de Duguit, um ato só tem valor social e jurídico se for determinado por um fim conforme a solidariedade social”²².

Dessa forma, aquilo que seria verificado principalmente no Código de Napoleão - segundo o qual a referência de proteção do Estado estaria atrelada a atos com objetos lícitos, a partir do agir de sujeitos de direito reconhecidos²³ - deveria ser revisitado no direito moderno, passando a ser lido a partir da premissa de que, caso os indivíduos, ou grupos pretendessem - seja na propriedade ou no contrato - algo compatível com os interesses da sociedade, estariam praticando

²⁰Idem. Ibidem, p. 201. Tradução livre: A comunidade, associação, corporação, fundação? Persegue um fim conforme a solidariedade social, de acordo com o que é bem compreendido em um dado momento no país considerado, e, portanto, em conformidade ao Direito Objetivo do país? Se assim for, todos os atos realizados com esse fim devem ser reconhecidos e legalmente protegidos. A afetação dos bens ao mesmo fim deve também ser protegida. Não é necessário saber se a coletividade ou não é um sujeito de direito capaz de ser parte em um ato jurídico, mas apenas se o objetivo prosseguido pela coletividade está em conformidade com a interdependência social e se o ato em questão foi realizado ou não em vista de um fim.

²¹Afunção social é “(...) a la vez realista y socialista: realista, porque descansa en el hecho de la función social observado y comprobado directamente; socialista, porque descansa en las condiciones mismas de la vida social. La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual que por sí misma no puede producir ningún efecto social. Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre si los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional.” Idem, Ibidem, p. 181. Tradução livre: A função social é um viés realista e socialista: realista porque firma-se, na verdade, na função social observada e comprovada diretamente; socialista, porque firma-se nas mesmas condições da vida social. A regra jurídica, que se impõem aos homens, não tem por fundamento o respeito e a proteção de direitos individuais quando estes não existem, não poder ser baseada em uma manifestação de vontade individual que por si mesmo não produz nenhum efeito social. A função social baseia-se, ainda, no fundamento da estrutura social, a necessidade em manter coerência, entre si, dos diferentes elementos sociais para o cumprimento da função social, o que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Pode ser entendida também como a concepção socialista do Direito em substituição a concepção individualista.

²²FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 230

²³“Toda situación jurídica se refiere a uma relação entre dos personas, entre dos sujetos de Derecho, de los cuales uno es sujeto passivo y el outro sujeto activo. Si hay algún dogma em la doctrina tradicional civilista, es éste. [...] Ya he mostrado que, em efecto, em la doctrina de la autonomia que entraña el sistema individualista, la situación de Derecho no puede concebirse más que como uma relación entre dos sujetos” Idem, Ibidem, p. 216. Tradução Livre: Toda situação jurídica se refere a uma situação entre pessoas, entre sujeitos de direito, os quais um é o ativo e outro o passivo. Se há algum dogma na doutrina tradicional civilista é este [...] Já foi demonstrado que, efetivamente, na doutrina a autonomia que entraria no sistema individualista, é uma situação que não pode mais ser concebida na relação entre os sujeitos

ações conforme o direito. “[...] todo acto de voluntad que tende al cumplimiento de esta misión, a la realización de esta tarea, debe ser socialmente protegido”²⁴.

Notável é que Duguit calibra os pressupostos da teoria da vontade a própria substância prática do direito, estabelecendo obrigações aos agentes, a partir do reconhecimento de que existiria um liame vinculativo externo, emanado do fato social, que antecedendo a manifestação de vontade, tornaria os atos jurídicos válidos somente a partir da missão a ser cumprida.

[...] la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme su destino²⁵.

Com essa disposição Duguit rompe com o individualismo da teoria da vontade e instaura um parâmetro de finalidade aos indivíduos, aportando a validade do direito objetivo na própria socialidade, que deve decorrer do dever de agir. Essa consideração, em Duguit, ao que parece, é fruto da constatação da ineficaz auto-suficiência humana, de modo que caso não exista essa harmonia entre os interesses de todos²⁶ a sobrevivência da espécie se faria ameaçada.

Por outro lado, verdade é que a teoria de Duguit peca em alguns aspectos fundamentais, tais como a supressão da liberdade dos indivíduos, ou mesmo a indefinição concreta de uma diferença entre um direito e o grau de subordinação que os atos e bens estariam no cumprimento de sua função social. Assim, dúvidas a partir de Duguit não foram sanadas, tão como a própria classificação daqueles bens de uso pessoal, nos quais a verificação da funcionalização não era perceptível com facilidade.

De qualquer forma, é claro que - na verdade - a pretensão era ir de encontro

²⁴DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 202

²⁵Idem, Ibidem, p. 179. Tradução Livre: A propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário como também um possuidor de uma riqueza tem por obrigação possuí-la cumprindo a sua função social; enquanto cumpre essa missão seus atos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou a cumpre mal, como exemplo, não cultiva sua terra ou deixa sua casa ser destruída por ausência de manutenção, a intervenção dos governantes são legítimas para obrigá-lo a cumprir a sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui, para a condição as quais são destinadas.

²⁶REALE, Miguel. Filosofia do direito. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 45.

a noção reinante no individualismo subjetivo. O grande problema, porém, é que agindo assim, desconsidera-se a vontade do próprio indivíduo, que passa a ser um mero passageiro da intervenção frente a titularidade de sua propriedade e da sua própria vontade. Moacyr Lobo da Costa critica a posição de adotada por Duguit, ao mesmo tempo em que reconhece que suas concepções acabaram sendo uma fagulha para o tema da função social da propriedade. “Atribuir-se uma função social à propriedade não importa em transformá-la ou confundi-la com essa função”²⁷. Assim, Duguit maximiza as obrigações, praticamente alocando os indivíduos a uma posição de gestor daqueles bens que possuem como o verdadeiro significado de sua forma de compreender a funcionalização.

4 Bases teóricas da função social na concepção da socialidade jurídica de Enrico Cimbali (1855-1887)²⁸

Na busca pelo equilíbrio entre liberdade individual e agregação social foi Enrico Cimbali, responsável pelas primeiras tratativas da socialidade jurídica no âmbito do direito privado Italiano, principalmente a partir de sua obra “*La nuova fase delDirrittoCivileirapportieconomici e social*”, publicada originariamente em 1885.

A estrutura do pensamento de Cimbali revela a existente preocupação, no final do século XIX, em se promover a efetivação de uma dimensão social dentro do direito. Para isso, analisou criticamente os instrumentos jurídicos normalmente utilizados no âmbito privado na Itália, que estavam - quase todos - atrelados a uma visão individualista do Direito.

Verdade que o referido teórico percebia no Direito privado um ranço de intransigência, que teimava em primar pela manutenção do status tradicional dentro da ordem jurídica. Por isso propôs uma reestruturação, acautelando novas premissas a regulação civil.

Tudo cai e se transforma, a nossas vistas, sob o martelo inexorável da crítica, sob impulso irresistível de novas necessidades [...] Entretanto, como nau encantada a navegar sobre as águas revoltas do oceano, cheio de cadáveres e moribundos, o Direito Civil parece inteiramente insensível a todas essas modifica-

²⁷COSTA. Moacyr Lobo da A propriedade na doutrina de Duguit. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, maio/jun, 1954, p. 39.

²⁸Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de sua obra: CIMBALI, Enrico. A nova phase do direito civil em suas relações econômicas e sociais. Porto: Chardron, 1900.

ções. Forma coeva a muitas outras, que desapareceram ou se transformaram, o Direito Civil, tal como nos foi transmitido pelo Direito Romano, depois de ter resistido ao torvelinho social da Idade Média, só com mui ligeiras alterações passou para o Direito moderno e parece ainda destinado, tal como nos veio da antiguidade latina, a dirigir as sociedades futuras²⁹.

Assim, as proposições de Cimbali buscaram alocar todos os sujeitos dentro de uma espécie de teia, formadora de uma integralidade social. Não que ele tenha escusado a individualidade, mantida como relevante para a ordem jurídica, porém, seu objetivo foi fazer com que a própria legislação e a atuação jurisdicional pudessem reconciliar os homens, minimizando - pela regulação - os efeitos maléficis das pretensões meramente individuais.

[...] todas as disposições e normas reguladoras devem ter o caráter e refletir a conciliação e equação harmônica entre o princípio da individualidade e o da sociabilidade, de modo que cada um preste aquela parte de influência e eficácia que lhe correspondem e vivam ambos num estado de harmonia e solidariedade entre si³⁰.

Além disso, Cimbali introduziu na ordem privada o pressuposto de que seria possível subsistir - por meio de acordos válidos - a efetivação da liberdade e a função social dos atos³¹, desde que houvesse uma atitude intervencionista e, ao mesmo tempo, moderada do Estado, suficiente para congregar, rumo à harmonia, os desejos e os fins individuais, ao bem social.

Nas palavras do autor: “E lo Stato, oltre alle vecchie funzioni di limitazione, d'integrazione e di tutela, é chiamato ad esercitare nel mondo moderno una funzione del tutto nuova, che suol denominarsi funzione propriamente sociale”³². Ao agir assim - segundo o autor - o próprio Estado estaria cumprindo uma função social, ao passo que o ente público, mirando por suas ações intervencionistas os valores sociais, promoveria a manutenção da unidade e harmonia do campo³³. Seria porque a vida social deve se constituir como um enredo cadenciado, que a ordem

²⁹CIMBALI, Op. cit., p. 13.

³⁰Idem, Ibidem, p. 458-459

³¹Idem, Ibidem, p. 433-434.

³²Idem, Ibidem, p. 339. Tradução Livre: É o Estado, além de sua velha função de limitação, integração e proteção, que é chamado a exercer no mundo moderno uma fusão (reunião) de todas as funções [socialidade], a que se costuma denominar função propriamente social.

jurídica deve almejar a solidariedade, devendo o Estado intervir concretamente como uma espécie de baliza nas atitudes de cada sujeito.

É, então, a partir de uma remodelagem de institutos como a liberdade contratual e a propriedade, que Cimbali acolhe os valores de integração e socialidade, ao ponto de possibilitar uma perspectiva funcional para o direito privado. O direito deveria se transformar, ao ponto de estabelecer uma simbiose com o plano concreto, aonde a vida social ultrapassa o individualismo monoclar e se projeta como um horizonte.

A atitude de Cimbali, analisada sob um olhar histórico, principalmente a partir de sua observação da própria revolução industrial, aponta para uma tentativa de materializar a funcionalização do direito privado, como uma peça provocadora da mudança do eixo individualista, que é fruto do destempero capitalista.

Por isso, o Estado ingere, para garantir a higiene, a moralidade e a educação dos operários, bem como modera a concorrência ilimitada do capital, impede os efeitos desastrosos do monopólio em algumas áreas, como as ferrovias, os correios, a navegação, impõe limites aos bancos e às sociedades anônimas³⁴.

Verdade, que ao se pensar assim, a função social acaba resultando em limitações de liberdade individual, haja vista que com ela se verifica uma espécie de dever funcional nas relações, bem como nas atitudes dos sujeitos. A observação do pressuposto da funcionalização lança outras obrigações não convencionais nas relações e os indivíduos passam a se ver compelidos a convergirem em suas atitudes, para a manutenção de uma harmonia.

Para que essa realidade se efetive, até mesmo a própria política legislativa do Estado deve provocar uma alteração no comportamento dos indivíduos, haja vista ser necessário - para se manter um ambiente coeso - a instauração de uma relação de trocas individuais, onde o mais forte e o mais fraco devem equilibrar - sob a batuta da lei - suas potencialidades, contribuindo suas obrigações - com uma justificação racional da vida social.

Verdade que Cimbali se preocupa, ainda, em demonstrar que a seara privada é permeada por dois grandes eixos, quais sejam, a lei, como fator necessário a estabilização da sociedade e o contrato, fruto da liberdade dos agentes.

³⁴BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

A instituição de leis que primem pela manutenção do equilíbrio social seria fruto de uma necessidade *a priori*. Através delas, potencializa-se ao homem chaves-guia, que lhe assegurem, ao mesmo tempo, um modo de satisfazer o seu interesse, como também uma forma de contribuir, mesmo que indiretamente, com os fins de uma agregação social³⁵.

A lei seria a referência, o equilíbrio daquela vontade humana manifestada, visto que a liberdade não pode ser tida como um fator absoluto. Por outro lado, sem a vontade, segundo Cimbali, não haveriam obrigações recíprocas, tampouco seria possível haver vinculação de qualquer ato a uma função social. A vontade seria o eixo que conduz os sujeitos a buscarem - no campo social - um vínculo. Essa liga, que seria a causa do contrato, derivaria de uma operação de combinação pessoal ou patrimonial, que num processo de troca, entre os indivíduos, teria uma força obrigatória e também se faria útil socialmente³⁶. O papel da lei aqui seria o de balizar a vontade dos contratantes, dando-lhes efeitos legítimos. A lei acrescenta ao homem uma noção de liberdade moral relativa, ao passo que indica caminhos de convergência, que apontam para uma visão social das atitudes individuais.

Por seu turno, o contrato somente teria eficácia plena, caso estivesse permeado por uma causa - que Cimbali vem a chamar de geratriz. Ela seria manifestada exatamente no ato das partes disporem, em reciprocidade e com convergência, de seus interesses ou patrimônios rumo a um fim que é subjacente e assim esse objetivo deve mirar uma satisfação social.

Portanto, Cimbali chama de função social exatamente essa convergência da vontade dos indivíduos, que na reciprocidade fazem o contrato e a propriedade se integrarem a ordem jurídica como um todo. Na concepção desocialidade jurídica, a liberdade e a função social acabam não sendo potencialidades antagônicas, pelo contrário, integram um fluxo orgânico, numa espécie de dialética da complementaridade, no qual os institutos não se esvaem, mas se integram rumo a causa social.

Para a realização da socialidade jurídica, os juristas invocam, como exemplo, no âmbito da função social da empresa, a Constituição Federal de 1988 tem os seguintes dispositivos: (I) a função social da propriedade, no artigo 5^o³⁷, inciso

³⁵CIMBALI, Enrico. A nova phase do direito civil em suas relações econômicas e sociais. Porto: Chardron, 1900, p. 50.

³⁶CIMBALI, Op. cit., p. 54.

³⁷Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIII, da Constituição Federal de 1988³⁸, auxilia o entendimento da função social dos bens de produção da empresa; e (II) os princípios da ordem econômica, no artigo 170³⁹ do mesmo diploma legal, são as diretrizes para a interpretação das relações político e sócioeconômicas da empresa com relação aos seus sócios, empregados, consumidores, além de outros sujeitos de direito, o que possibilita uma interpretação mais adequada dos dispositivos pertinentes ao Direito de Empresa.

5 Bases teóricas da função social na realidade econômica de Karl Renner (1870-1950)⁴⁰

Os pensamentos de Karl Renner são de que a função social do contrato e da propriedade deveria ser analisada a partir de uma baliza variável e histórica, principalmente atrelada na evolução econômica.

Renner aponta a função social de um instituto jurídico como sendo abstração do processo econômico-produtivo. Entendia que a função social do direito estaria diretamente ligada à imagem conjugada de processos econômicos vigentes na sociedade em um dado momento, como se cada instituto fosse um variável para o alcance de um objetivo⁴¹.

Na concepção do autor, a função social de uma propriedade, por exemplo, seria a reserva de valores, a busca pelo lucro; a função de uma empresa, a circulação de bens e serviços, isto dentro de um paradigma histórico.

[...] qualquer singular processo econômico que eu observe isoladamente do ponto de vista teórico é, em relação à sua volta, uma parte do total processo social de produção e reprodução ressaltado no pensamento. Se vislumbrado conjuntamente com este complexo, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico⁴².

³⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 mar. 2016.

³⁹Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo do autor)

⁴⁰Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de sua obra: RENNEN, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: il Mulino, 1981.

⁴¹Na percepção de Renner, entender a função econômica tem por objetivo final a sobrevivência do homem.

⁴²RENNEN, Op. Cit., 1981, p. 49.

Por esta metódica, caso houvesse modificações no trato econômico, a função social dos institutos jurídicos tenderiam a se conformar a este novo paradigma. Nessa perspectiva, a função social não seria motriz de impulsos, mas, somente um estado de reconhecimento jurídico daquela realidade econômica que se mostra⁴³.

O conceito de Renner se aproximaria de uma idéia de papel social, que, nesse contexto, deve ser entendido como a razão de ser de algum instituto jurídico ou instituição na sociedade. O papel social da empresa, por exemplo, é ser um centro produtor de riquezas, através do capital e do trabalho. Essa idéia leva em conta as coisas como elas são e não como elas deveriam ser⁴⁴.

Karl Renner percebeu que o parâmetro da função social da propriedade deve ser encarado como um processo, que assim como outros institutos jurídicos, pode ser alterado com ou sem mudança legislativa. Os avanços de Renner apontam para a constante mutação de institutos jurídicos a partir de modificações econômicas⁴⁵ e sociais. Como exemplo, então, cita a propriedade privada que teve, já em sua época, uma profunda reformulação de conteúdo, a partir do florescer de noções marxistas.

O que Renner, na verdade faz, é associar a concepção de direito aos parâmetros marxistas de estrutura e superestrutura, segundo os quais a efetivação de uma superestrutura, seria capaz de efetivar mudanças na estrutura. O Código Civil Brasileiro usa uma única vez o termo “função” como finalidade econômica ou função econômica de determinado instituto⁴⁶.

Na obra em análise a visão do teórico é restritiva, visto que condiciona a função social dos institutos jurídicos à mera constatação empírica, ou seja, a função social está atrelada a comprovação de um papel no seio econômico e social. Assim, o erro mais perceptível de Renner, dá-se quanto à óbvia conclusão de que o direito não está, em absoluto, para a economia.

⁴³TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. São Paulo, Revista dos Tribunais..v. 92, n.º 810, p. 33-50, abr. 2003, p. 36.

⁴⁴TOMASEVICIUS FILHO, Op. cit., p. 35.

⁴⁵BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

⁴⁶No art. 420, do CC, ao estabelecer que “[se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Nesse caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em “ambos os casos, não haverá direito a indenização suplementar”. (grifo do autor). BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Texto Compilado). Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30 mar. 2016.

A afirmação do autor não tem cabimento, pois o mundo tem dois vieses: um econômico e um jurídico. O Estado na contemporaneidade perdeu uma parcela do seu poder com a integração econômica mundializada. Por essa razão, os ativos de uma empresa⁴⁷ são protegidos e amparados pelo poder público, preservando-se o interesse na manutenção da produção econômica e na organização da empresa exerce suas atividades com função social.

Para Renner, as decisões dos administradores das sociedades devem estar voltadas ao bem comum, sem esquecer-se do objeto primeiro de qualquer empresa. Por exemplo, citar-se o ganhador do prêmio Nobel da paz de 2006, “o banqueiro dos pobres”, que faz, após estudar o mercado percebeu que classe média baixa⁴⁸ é uma categoria de pessoas que por ética e integridade é compromissada no pagamento de suas dívidas para manter o seu “bom nome “na praça” e passou a oferecer pequenos empréstimos sem exigir garantia, ajudando a população mais pobre desenvolver atividades economicamente produtivas, o que no Brasil é realizado pela AgRio nas comunidades onde ocorreu a implantação das UPP). E uma operação que mesmo assim obtém lucro e menos de dois por cento das pessoas não conseguem saldar suas dívidas.

6 Bases teóricas da função social na herança idealista⁴⁹ de Emilio Betti (1890-1968)⁵⁰

A ideia de negócio jurídico - como o exercício de uma autonomia privada interligada a realização de uma função social - tem, no Brasil, suas premissas fincadas, principalmente, nas construções teóricas de Emílio Betti. A partir desse teórico, a vontade passou a ser vista como detentora de consciência, o que per-

⁴⁷Utiliza-se a palavra ativos, termo típico da contabilidade economia, para indicar que são bem mais do que bens que o Estado por princípios e legislações.

⁴⁸BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Assuntos Estratégicos - Social e Renda: A Classe Média Brasileira nº 1, nov. 2014 - Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014.

⁴⁹O termo é utilizado pela primeira vez por Gadamer no artigo publicado em homenagem aos 10 anos de falecimento de Emílio Betti representando a releitura da autonomia privada construída por Emílio Betti renovar a antiga separação entre fatos e valores pela cognoscibilidade dos valores em paralelo com a das “categorias” teóricas: GADAMER, Hans-Georg. Emílio Betti e a herança idealista In: Cadernos de Filosofia Alemã Vol. 1, p. 83-90, 1996, publicado pela primeira vez em Quaderni Fiorentini per lastoriadelpensierogiuridico moderno. n. 7, Milão: Giuffre, 1978. Mais tarde, como posfácio do livro de Emilio Betti ZurGrundlegungeinerallgemeinenAuslegungslehre. Tübingen, J.C. Mohr, 1988. Tradução de Soraya Dib Abdul-Nour (doutoranda do Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo e bolsista FAPESP) e Leonel CesarinoPessoa (doutorando do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo).

⁵⁰Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de suas obras: BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003 e _____. Teoria generale della interpretazione, 2ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 1990.

mitiu considerar, dentro das pretensões dos indivíduos, um perfil de colaboração negocial. Segundo Betti, foi exatamente quando os sujeitos passaram a ver a conexão de seus atos, com um projeto de integração, que a função social sobreveio a concretizar seu significado de caixilho do direito privado⁵¹.

É, também, a partir das ideias de Betti, que a função social galgou postos rumo à concretização, permeando-se o status de axioma fundamental na ordem privada. Com ele, lançou-se um olhar diferenciado sobre a razão do negócio jurídico, ou seja, qual é seu por quê na ordem da sociedade.

Porém, para a compreensão adequada de Betti, é importante verificar algumas de suas balizas metodológicas. Primeiramente, deve-se salientar que o teórico via o direito privado e, conseqüentemente também o negócio jurídico, como um termômetro concreto, lançado a posteriori na sociedade.

Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica⁵².

A inclusão de sanções, ou regulações no campo da ordem estatal teria por objetivo oportunizar aos sujeitos instrumentos-base, que lhes permitissem um parâmetro uníssono de “desenvolvimento de suas relações”.

A releitura efetivada por Betti, por outro lado, não se limitou a narrar às fases de desenvolvimento das relações jurídicas. A visão do teórico, na verdade, ocasionou o reconhecimento de uma transfiguração nas bases negociais da sociedade, visto que o negócio jurídico passou a ser assimilado como uma espécie de fundamento apaziguador das pretensões individuais tipicamente contrapostas, agora, equacionadas sobre outro remanso, o da função social.

Essa mudança de perspectiva somente foi possível quando os indivíduos passaram a acolher, numa psicologia da relação, o parâmetro dado pelo Estado, como fator de estabilização de seus negócios. Cada contrato só é reconhecido como válido a partir de uma causa típica e legítima, que lhe é sua função. O contrato, agora modulado a função social, passou a deter uma razão útil, e a vontade pas-

⁵²Idem, *Ibidem*, p. 64.

sou a ser dirigida por um resultado prático e uníssono, que é exatamente a função reconhecida como legítima pelo Estado.

Considerada sob o aspecto social, abstraindo da sanção do direito, a causa do negócio é, propriamente, a função econômica social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada (típica, neste sentido), e lhe determina o conteúdo mínimo necessário⁵³.

Pensando dessa forma, o direito privado - a partir da óptica da função social - transmutou-se não apenas em substrato de controle na solução de conflitos, mas também em um mecanismo de reconhecimento e justificação dos atos praticados, dentro da lógica da sociabilidade. A função social passou a ser a causa justificadora da autonomia privada, fazendo com que os negócios praticados fossem vistos como um esteio necessário para a manutenção das relações sociais.

Assim, o homem comum se viu ligado ao seu semelhante, numa espécie de teia necessária, na qual mesmo havendo conflitos, subsistiam parâmetros capazes de limitar e, ao mesmo tempo integrar com fundamentação concreta, as pretensões individuais. A referência para esse processo, segundo Betti, seria a necessidade de cooperação daqueles que vivem em sociedade, que devem “ceder”, em parte, seus desejos para a formatação de uma unidade.

Considerações finais

É assim que a formação de uma autonomia privada no âmbito do contrato é concebida⁵⁴. Os indivíduos percebem a necessidade de se condicionarem, de maneira que a cooperação, mesmo no trato de relações privadas, passa a ser um reflexo recíproco, que traduz, por meio de uma restrição aceita, algo útil e maior, suficiente para, na execução do contrato, se contribuir com a liga social⁵⁵.

[...] o ato de autonomia privada é elevado à dignidade de negócio jurídico: o direito, então, liga-lhe um tratamento jurídico, destinado a assegurar a realização da função útil que lhe caracteriza o tipo, traduzindo-a em termos de relações jurídicas, como a mais íntima aderência possível⁵⁶.

⁵³Idem, *Ibidem*, p. 262.

⁵⁴Betti não trabalha a ideia de suplantação da autonomia da vontade para autonomia privada, o que parece um resquício da teoria da vontade.

⁵⁵BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Campinas: LZN, 2003, p. 67.

⁵⁶BETTI, *Op. cit.*, p. 78.

Assim, operacionalmente, a função social passa a ser visualizada a partir da máscara da “cláusula geral”, de modo a deter suficiência para dar as disposições contratuais uma ação integradora, bem como possibilitar ao Estado Juiz uma atuação cogente na formação de um direito que - mesmo em âmbito privado - tenha suficiência para agregar valores ao seu meio⁵⁷.

Ponto importante, ainda, no itinerário de Betti, diz respeito a sua perspectiva de ver a autonomia privada como uma espécie de concessão do Estado para os indivíduos. Isso porque, mesmo sendo necessária a circulação de riqueza e bens para manutenção econômica de uma sociedade, o que força o conseqüente reconhecimento da liberdade contratual, o Estado seria - por meio da instituição de uma ordem jurídica - aquele que detém o poder de respaldar a junção de dois planos, quais sejam: (I) a realidade social; e (II) o estabelecimento de um direito. Assim, quando o Estado chancela a autonomia privada, está na verdade - no campo da ordem - permitindo que os particulares ajam com regular efetividade jurídica.

É a partir da atuação regulamentar do Estado, que se reconhece a liberdade dos indivíduos como uma potencialidade legítima, ao mesmo tempo em que se estabelece um parâmetro dignificador para os negócios firmados, qual seja, a autonomia privada. É, então, pelo reconhecimento da função social, que os sujeitos passam a deter a autoridade do Estado para firmar negócios.

Nesse ponto, a construção de Betti perfilha o fenômeno econômico-social (aquele que brota das necessidades e interesses individuais) a motriz alimentar do próprio direito. A máscara que clama para a necessidade do homem ter autorização legítima para contratar, nada mais é, do que uma tentativa de emoldurar o plano do ser, aquilo que se pretende como dever --ser, a partir uma causa típica do próprio negócio⁵⁸.

O direito - e já antes do direito, a consciência social - aprova e protege a autonomia privada não na medida em que segue o capricho momentâneo, mas naquela em que persegue um objetivo e típico interesse para a modificação do estado de fato e se dirige a funções sociais dignas de tutela⁵⁹.

Verdade, que a aceitação do direito não nasce do acaso. Floresce, quase sem-

⁵⁷REALI, Miguel. Questões de direito privado, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

⁵⁸BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003, p 258.

⁵⁹BETTI, Op. cit., p. 258

pre, daquilo que já é realidade no plano concreto, nos costumes, por exemplo. Assim, somente depois, de serem recepcionados, é que a moldura da legalidade se perfaz, fazendo com que aquele instituto se integre a ordem estabelecida.

Betti, inclusive, salientou que muitas vezes quando um conjunto de normas nasce, subsidiando um instituto jurídico, na verdade está - quase sempre - representando uma solução a um problema prático, ou se estabelecendo uma premissa organizadora de uma função social⁶⁰.

Por fim, cabe frisar que Betti é um dos primeiros a estabelecer a autonomia privada dentro da ordem estatal, como sendo dotado de um fator histórico e social. A autonomia privada é fruto de uma realidade fática, recepcionada pelo direito a partir de uma perspectiva, de um rumo.

A ideia de Betti, sem dúvida, guarda reflexo na redação do artigo 421⁶¹ do Código Civil, ao passo que a liberdade contratual é exercida a partir de condicionamentos, que não a excluem, mas sim a complementam. Sem dúvida, a teoria de Betti representa a fusão da autonomia privada e a colaboração negocial na ordem jurídica⁶².

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della propriet: Il storia, funzione sociale, pubblici interventi*. Padova: Cedam, 1980.

AQUINAS, Saint Thomas. *The Summa contra gentiles*. London: Burns Oates & Washbourne LTD. 1923.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003 e _____. *Teoria generale della interpretazione*, 2ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 1990.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 mar. 2016.

⁵⁷REALI, Miguel. *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

⁵⁸BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003, p 258.

⁵⁹BETTI, Op. cit., p. 258

⁶⁰Idem, *Ibidem* p. 274.

⁶¹Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (grifo do autor).

⁶²BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Texto Compilado). *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30 mar. 2016.

_____. *Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República*. Assuntos Estratégicos - Social e Renda: A Classe Média Brasileira nº 1, nov. 2014 - Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014.

CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil em suas relações econômicas e sociais*. Porto: Chardron, 1900.

COSTA. Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, maio/jun, 1954.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho* (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975

_____. Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 276.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. Emilio Betti e a herança idealista In: *Cadernos de Filosofia Alemã* Vol. 1, p. 83-90, 1996, publicado pela primeira vez em Quaderni Fiorentini per lastoria-delpensierogiuridico moderno. n. 7, Milão: Giuffre, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Edição histórica. Rio de Janeiro: EdRio, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997.

RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: ilMulino, 1981.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. São Paulo, Revista dos Tribunais.v. 92, n.º 810, p. 33-50, abr. 2003.

Artigo recebido em: 05.04.2016

Revisado em: 17.04.2016

Aprovado em: 20.04.2016