

Propriedade, autonomia e regime jurídico privado

Propriété, l'autonomie et la morale de droit privé

Gustavo Soares Lomeu

Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC -
Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte / MG.
Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE).
Advogado em Minas Gerais.

RESUMO

A propriedade e a empresa são, na contemporaneidade, relidas à luz da Constituição, não estando apenas limitadas às questões estruturais da lei, mas também à sua função social. Assim, a livre iniciativa e a propriedade se submetem as regras do Direito Privado, conquanto os institutos privados destinem-se, cooperativamente, à concretização dos valores constitucionais. De forma que os institutos privados não podem mais funcionar como instrumento de dominação. Eles estão dentro do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito, destinado à valorização do ser humano, de sua dignidade; trata-se do fundamento deste Estado, sendo a dignidade da pessoa humana a razão de existência do Estado, o objetivo ao qual ele serve.

PALAVRAS CHAVES: PROPRIEDADE, LIVRE INICIATIVA, REGIME JURÍDICO PRIVADO, FUNÇÃO SOCIAL.

RÉSUMÉ

La propriété et les affaires sont, de nos jours, relu à la lumière de la Constitution et ne se limite pas aux problèmes structurels de la loi, mais aussi de sa fonction sociale. Ainsi, la libre entreprise et la propriété subir les règles de droit privé, même si les instituts privés destinés à coopérer pour atteindre les valeurs constitutionnelles. Alors que les instituts privés ne peuvent plus fonctionner comme un instrument de domination. Ils sont dans le projet de la règle démocratique de droit constitutionnel, pour la récupération des êtres humains, de leur dignité, c'est la fondation de cet Etat, et de la dignité de la personne humaine la raison de l'existence de l'Etat, le but pour lequel il sert.

MOTS-CLÉS: PROPRIÉTÉ, LA LIBRE ENTREPRISE, DE DROIT PRIVÉ, FONCTION SOCIALE.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA. 3 DA ESTRUTURA À FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO À PROPRIEDADE. 4 DA AUTONOMIA PRIVADA. 5 DA LIVRE INICIATIVA À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. 6 DO REGIME JURÍDICO PRIVADO. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a compreensão da propriedade privada e da empresa à luz dos valores constitucionais sem, conquanto, subjugá-los à ordem eminentemente pública, pois tais institutos sujeitam-se ao regime jurídico privado, portanto desprezar esta realidade é desprever o indivíduo de garantias em sua defesa contra a absorção total pelo Estado. O regime privado mantém-lhe a autonomia e a segurança para se posicionar como pessoa humana digna e livre para a participação democrática. A vinculação à função social aplica-se, não no intuito de socialização dos institutos privados, mas sim na sua cooperação pela construção do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utilizou-se, na pesquisa, procedimento metodológico de análise do fato social, fundamentando os posicionamentos abstraídos nas concepções doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes sobre o tema, à luz de considerações extraídas do estudo da propriedade privada e da empresa.

Assim, o presente trabalho compreende os institutos em função do propósito constitucional acordado, em que não basta um não fazer, uma neutralidade, ao contrário, o texto da Carta Magna exige uma pró-atividade, uma vinculação à função social para com a coletividade, em cooperação à construção deste Estado de Justiça material.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

Fruto das revoluções liberais do século XVIII, o Estado Liberal se firmou como o paradigma capaz de estabelecer uma nova ordem ante ao absolutismo e ao despotismo esclarecido. Consistiu na instituição da identidade cultural e dos valores liberais burgueses que se fundamentavam na liberdade do contratante e do proprietário, baseada na plenitude ao direito à autonomia da vontade e à propriedade privada. Nisto, “o surgimento do Estado liberal de direito está intrinsecamente associado ao reconhecimento do individualismo e à consequente aceitação do indivíduo como fim da organização política, da sociedade e do direito”¹.

O Estado Liberal fundamentou conquistas importantes; direitos e garantias basilares para a construção de qualquer sociedade moderna. Em termos exemplificativos, são produtos

¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade*. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo : Quartier Latin, 2006. pág. 30.

deste momento histórico, a supremacia da lei, a divisão do poder em suas funções, o direito a liberdade, a igualdade de todos perante a lei (igualdade formal), a impessoalidade na administração dos bens públicos e a divisão entre Estado e Religião. Em uma primeira dimensão, tais vitórias foram marcantes para a proteção da pessoa humana ante o Estado, o que propiciou o respeito aos direitos individuais – a liberdade, a segurança, representada pelo próprio Estado de Direito, e a propriedade privada.

Assim, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (ainda parte integrante do bloco de constitucionalidade do ordenamento francês) preceitua sobre a propriedade privada e sagrada:

Por consequência, a ASSEMBLEIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão:

[...]

Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

[...]

Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

O conceito de sagrado, inerente à propriedade liberal, refletia a concepção antiga de propriedade, compreendida pelas religiões do culto aos mortos. O historiador Fustel de Coulanges ensina, em seu famoso livro, que assim como os muros passaram a proteger as casas que protegiam o fogo sagrado que representava os ancestrais das famílias, também as cercas e os muros passaram a proteger o campo que servia de túmulo para determinada família. O local era inviolável, imprescritível e jamais poderia ser destruído ou transferido.

A idéia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam; eram sua propriedade.

Os antigos vislumbravam uma misteriosa relação entre esses deuses e o solo. [...]

Esse recinto é sagrado. Ultrapassá-lo constitui impiedade. O deus vela por ele e dá-se a esse deus epíteto de *erkeios*. Essa divisória traçada pela religião e por ela protegida é o símbolo mais claro e o sinal irrecusável do direito de propriedade.²

Vê-se que a propriedade moderna³ absorve o conceito de sacralidade exposto alhures e “torna-se a projeção da sombra soberana do sujeito sobre a coisa”⁴, concebida como

² COULANGES. Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo : Martin Claret, 2007. p. 66.

³ Neste artigo, entende-se por moderna a propriedade após o marco histórico das revoluções liberais americana e, principalmente, francesa, baseadas, respectivamente, na Declaração de Independência de 4 de julho de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovados em 26 de agosto de 1789.

inviolável e absoluta. Estando este caráter imperioso, em princípio, condicionado às questões de ordem pública, ética e higiênica, tratando-se de limitações de natureza negativa, de um não fazer.

Desta forma, a propriedade liberal é percebida como extensão do próprio indivíduo, é tão internalizada ao ponto de ter se transformado em uma segunda natureza dos indivíduos⁵, tendo por função primordial compor o patrimônio privado do qual o sujeito poderia, como bem quisesse, na forma da lei, usar, gozar e dispor da coisa, e reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possuísse ou detivesse.

O homem, no passado, podia usar, gozar e dispor da coisa que lhe pertencesse, como melhor lhe aprouvesse, sem que fosse lícito opor qualquer restrição ao livre exercício desse direito. Todas as legislações, sem discrepância, proclamavam então a intangibilidade do domínio, verdadeiro resquício da propriedade quirítária, no direito romano, sinônima de direito absoluto, de propriedade absoluta. Gradativamente, porém, modificou-se essa concepção egoística e individualista, que logo se tornou obsoleta, graças às tendências fundamentais da civilização atual⁶.

Sob a ótica dogmático-jurídica mais tradicional que perdurou, fundamentalmente, durante todo século XVIII e XIX, o direito à propriedade possuía apenas limites internos – auto reflexivos –, inerentes às suas faculdades, regulados pela legislação ao estabelecer limitações que impunham ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano), um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos), ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar um muro divisório)⁷. Essa concepção da propriedade é marcada pelo caráter individualista das codificações, impulsionadas pelo movimento positivista em que se desejava compreender e aplicar o Direito dentro de um ambiente puro, livre de ingerências morais e políticas, reduzindo-se o Direito à Lei. O “engessamento do Direito, operado pelas codificações, não equilibrava o individualismo com os demais princípios jusnaturalistas que orientavam os ideais revolucionários, tal como a fraternidade”⁸.

⁴ FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 14, n. 102, fev./mai. 2012. p. 165.

⁵ Cf; GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo. Saraiva : 1998, vol. 3, p. 18.

⁷ LEAL, Rogério Gesta. A função econômico-social da propriedade: estudos de casos no âmbito dos impactos econômicos das decisões judiciais. *A & C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 9, n. 38, p. 69, out./dez. 2009.

⁸ FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. *Op. Cit.* p. 166.

O paradigma liberal, cunhado para estabelecer uma ordem burguesa e legitimado por constituições formais e semânticas⁹, firmado no ideário de liberdade e presença mínima do Estado, que se entendia ser apenas garantidor das liberdades individuais, da segurança e da legalidade, entra em crise, principalmente, por ser impossível a manutenção de um modelo de Estado baseado em um formalismo e individualismo absolutos e egoísticos. De modo que, sob a tutela da igualdade e das liberdades formais, marcado pelas desumanidades fomentadas por um capitalismo extremo e em prol da manutenção do sistema capitalista liberal, perpetuaram-se as desigualdades sociais alarmantes, crises econômicas, marginalização dos menos favorecidos, dos trabalhadores e das minorias sociais.

A compreensão do Direito que se consolidou no paradigma do Estado Liberal era primordialmente positivista e formalista. O Direito foi se afastando de sua fundamentação moral jusnaturalista, até ser compreendido exclusivamente a partir da lei ou da vontade do legislador. [...] A equidade e a justiça, que até então eram categorias fundamentais para o Direito, perderam a importância com a solidificação do positivismo e do formalismo.

[...]

A edificação do direito de propriedade como um direito absoluto e inviolável assegurou que muitos atores do sistema econômico cometessem abusos diversos em nome do desenvolvimento econômico. No final do século XIX, se iniciou uma movimentação para a funcionalização dos direitos subjetivos, dentre os quais, o direito de propriedade, com o objetivo de romper com o seu caráter eminentemente absoluto e individual, conferindo-lhe um caráter estruturalmente social.¹⁰

Desde modo, fruto das reflexões que o socialismo suscitava, o Estado e o Direito são reformulados às finalidades sociais, no propósito de compensar as assimetrias econômicas e possibilitar iguais oportunidades no exercício dos direitos positivados.

Cumprе ressaltar que as novas discussões que surgiam a respeito de igualdade material e da justiça obviamente exigiam, em uma ruptura com o formalismo até então existente, uma maior abertura do direito para considerações de natureza ética e moral. Segundo HABERMAS (2001, p. 319), foi exatamente essa idéia de “remoralização” do direito que permitiu a formação do novo paradigma do Estado Social, tornando a argumentação jurídica receptiva a argumentos concernentes a objetivos políticos que flexibilizam a vinculação linear da justiça ao que fora previamente estabelecido pelo legislador político e possibilitavam uma nova redefinição da interpretação do direito.¹¹

⁹ Raymundo Faoro assim conceitua como constituições semânticas aquelas que se limitam à fixação e à formação do Estado. Sendo carta que propicia aos regimes autoritários conviverem com a vestimenta constitucional, “sem que a Lei Maior tenha capacidade normativa, adulterando-se no aparente constitucionalismo – o constitucionalismo nominal, no qual a Carta tem validade jurídica mas não se adapta ao processo político, ou o constitucionalismo semântico, no qual o ordenamento jurídico apenas reconhece a situação de poder dos detentores autoritários”. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, p. 373.

¹⁰ FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. *Op. Cit.* p. 169.

¹¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *op. cit.* p. 106.

3 DA ESTRUTURA À FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO À PROPRIEDADE

Gradualmente, durante todo século XIX e XX; tendo por documentos históricos marcantes a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, abandona-se a concepção absoluta da propriedade, compreendida tão somente por seus elementos internos e limitada às questões de ordem pública e de respeito limítrofes de vizinhança. Revestindo-se o conceito de propriedade em função do propósito constitucional acordado.

Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível. *O exercício dos poderes inerentes a um determinado direito, sob pena de configurar a hipótese do abuso previsto no art. 187 do Código Civil, está limitado ao fim econômico ou social.* Essa percepção teleológica confere à função social uma chancela finalística, quer recaia sobre móveis, quer sobre imóveis.¹²

A propriedade é entendida dentro do propósito de realização das aspirações e dos valores constitucionais, daí estar condicionada também ao elemento externo de cumprimento à sua função social. Em respeito aos fundamentos da república, como, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; a propriedade se posiciona dentro da conjuntura democrática, pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária. “A propriedade é, ao menos neste sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função”¹³.

Já a outra propriedade, que habilita o seu titular a exercer um poder sobre outrem, longe de se apresentar como direito inerente à condição humana, aparece, bem ao contrário, como um fator de opressão social, um atentado à liberdade “inviolável e sagrada”, sendo, em consequência, a causa matriz da desigualdade entre os homens.¹⁴

Desta forma, o que hoje se discute não é mais a influência da Constituição no direito de propriedade, mas sim a amplitude e o modo como se dá essa incidência, especialmente dos princípios constitucionais e conceitos abertos.

¹² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 110. (grifos nossos)

¹³ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº 6 – Jun/05. p. 120.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética : direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo : Companhia das Letras, 2006. p. 237.

De forma que, na contemporaneidade, o texto constitucional possui ampla normatividade¹⁵, não se identifica a Constituição como apenas a Lei formadora do Estado e de um plano governamental, trata-se de um projeto que enuncia diretrizes à sociedade e ao Estado¹⁶.

O aspecto funcional é certamente prevalente na propriedade vista como *relação*; entre proprietário e terceiros, entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, entre proprietário e entes públicos, existe relação – não de subordinação –, mas de *cooperação*. O regulamento da propriedade às vezes dá prevalência ao interesse do proprietário, outras vezes àqueles de outros sujeitos.¹⁷

A propriedade vista em sua função individual, destina-se a garantir e prover o indivíduo sua subsistência e de sua família. “Já a função social se justifica por seus fins, por seus serviços, quando, então, se pode falar de um dever-poder, vale dizer, do condicionamento do poder a uma finalidade”¹⁸. Como bem elucida o eminente jurista Norberto Bobbio:

O direito considerado como combinação de normas primárias e secundárias, pode ter as mais diversas funções, assim como a mesma função, por exemplo, aquela, comumente atribuída ao direito, de tornar possível a coesão e a integração do grupo, pode realizar-se mediante diversas estruturas normativas. (O que não quer dizer que a estrutura e a função sejam independentes: modificações da função podem incidir sobre modificações estruturais, e vice-versa).¹⁹

Neste entendimento, a propriedade privada deixou de ser um mero direito ou faculdade para se tornar um direito/dever. Assim, já bem instituía a Constituição de Weimar do ano de 1919, em seu artigo 153: “*a propriedade obriga*”.

Até mesmo na minuciosa análise da legislação infraconstitucional, observa-se, como salienta o prof. Gustavo Tepedino²⁰, que a redação do artigo 1228 do Código Civil de 2002 substituiu a locução antiga do Código de 1916 – “a lei *assegura* ao proprietário” – para a

¹⁵ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 34.

¹⁶ Assim, também, Florestan Fernandes expõe, em importante discurso parlamentar à Constituinte, uma análise da dimensão jurídica, política e econômica das constituições brasileiras, que há muito eram vistas como projetos das classes dominantes. “Portando, a sociedade civil e o Estado são vistos em seu conjunto, como uma totalidade em movimento histórico e a constituição é concebida como um conjunto de normas que aponta para o vir a ser, uma sociedade civil civilizada e um Estado capitalista democrático” (FERNANDES, Florestan. *A Constituição como projeto político*. *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 1(1): 47-56, 1.sem 1989).

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p. 223.

¹⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da cidade e a função social da propriedade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 97, n. 867, jan. 2008. p. 54.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função : novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo : Manole, 2007. p. 105.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 324.

expressão “o proprietário tem *faculdade*”, por se tratar a primeira “de matriz nitidamente jusnaturalista, em que a norma legal se limita a reconhecer o poder a ela pré-existente”, o que, de fato, representava o pensamento liberal e patrimonialista da época.

Neste contexto, a Constituição brasileira de 1988 assegura em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade, e determina, no inciso XXIII, do mesmo artigo, que “a propriedade atenderá a sua função social”.

A função social da propriedade constitui, como dito alhures, o elemento externo da propriedade e atinge justamente a faculdade de *uso*, “limitando-a (condicionando-a), de forma que, se não seguido o princípio constitucional em estudo, poderá restar configurado o abuso de direito”²¹.

A idéia da função social, como se sabe, vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade. Inspirado pelo modelo do Code Napoléon, que define a propriedade como o direito de usar e dispor da coisa “de la manière plus absolute”, o *Código Civil brasileiro de 1916 tratou da propriedade apenas sob o seu aspecto estrutural, como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário*. Era natural, por isso e por razões históricas, que se visse na propriedade um direito cuja única função era atender aos interesses particulares do seu titular. Ainda que abusos mais visíveis no exercício deste direito viessem coibidos por figuras como o abuso do direito ou a teoria dos atos emulativos, é certo que, em um país de formação essencialmente latifundiária, como o Brasil, os excessos do poder do proprietário passavam muitas vezes despercebidos, sobretudo se praticados em face de interesses não-proprietários.²²

Então, a exemplo desta vinculação da propriedade à concretização dos valores constitucionais e ligada ao projeto de construção de um Estado de Justiça material, estatui o artigo 182 da Constituição Federal de 1988 que a propriedade imóvel urbana cumpre sua função social “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Por este enunciado vê-se que não se trata de um planejamento apenas urbanístico, com vistas ao traçado da cidade ou à edificação, mas amplia-se abrangendo gama muito maior, na qual menciona as “necessidades econômicas”, onde podemos encontrar a interface com o Direito Econômico, o mesmo se dando com os demais ramos do Direito tais como o Constitucional, o Administrativo, o Civil, o Penal, o Ambiental e outros, buscando o ajustamento à chamada “qualidade de vida” e à própria “justiça social”.

Esta é a dimensão do Estatuto da Cidade, definida pelo instrumento básico, o Plano Diretor.²³

²¹ MONTEIRO FILHO; Ralpo Waldo de Barros. Função social da propriedade: conteúdo e diretrizes para a sua compreensão. *Revista Forense*. v. 104, n. 397, maio/junho 2008. p. 288.

²² SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *op. cit.* p. 108. (grifos nossos)

²³ SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovanni. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo : LTr, 2008. p. 87.

Tal disposição é regulada pela Lei nº 10.257 de 2001, denominada Estatuto da Cidade, e enuncia em seu artigo 39:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º desta Lei.

Dentre tantas diretrizes, cabe ressaltar o inciso VI do artigo 2º do Estatuto da Cidade que assim dispõe em sua redação:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

Cumprir a função social da propriedade urbana é obedecer ao planejamento democrático ordenado pelo plano diretor, que se destina a ser mais do que “um plano de obras; seu objetivo é a melhoria da qualidade de vida da população, em decorrência da expansão e do aproveitamento adequado do solo [...], com vistas a prevenir o crescimento desordenado”²⁴.

Não existindo, no texto constitucional brasileiro, “garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social”²⁵. Conquanto, não se depreende desta afirmativa que a função social se traduz em coletivização da propriedade privada, de cunho socialista. Pois este não é o propósito da Constituição Federal de 1988, como bem ensina José Afonso da Silva:

O certo, contudo, é que a *Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito*, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo

²⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. op. cit. p 56.

²⁵ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 122.

exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.²⁶

Portanto, no Estado Democrático de Direito, os institutos do Código Civil – à época moderna, tratado como Constituição do homem comum²⁷ – são reinterpretados, pelos valores da dignidade da pessoa humana, da justiça social e demais princípios constitucionais.

Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*.²⁸

Luiz Edson Fachin, assim elucida sobre a função do Direito para a sociedade pós-moderna:

Faz, isso sim, a construção de uma permanente interrogação que almeja, sempre, saber *para que serve e a quem serve o Direito*.

Se a resposta for encontrar uma sociedade justa, fundada na igualdade material, na superação dos dogmatismos conceituais e da rigidez dos códigos, e que leve seriamente em conta a tutela efetiva dos direitos fundamentais, sem recitar o neolegalismo positivista revestido de teorias que, no presente, se prestam a encobrir velhos matizes, estaremos de acordo.²⁹

Desta forma, a propriedade, o contrato, a família³⁰ e a empresa não poderiam mais funcionar como instrumentos de dominação. Estão todos dentro do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito, um paradigma em construção, em que se busca a difícil concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Contudo, o contraste entre os anseios expostos na carta Magna e a realidade social demonstra a forte influência, na atualidade, de um exacerbado individualismo. Assim, bem elucida Maria Helena Fonseca Ferreira Falle ao afirmar que:

O Direito transparece os valores mais enraizados na sociedade em que está inserido. Se o direito de propriedade representava no século XIX um direito absoluto e

²⁶ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 120. (grifos nossos)

²⁷ “O Código Civil, lei burguesa por definição, era a *constituição das relações privadas*, esteio das relações econômicas, nas quais não devia interferir o Estado, mesmo para não alterar a ‘ordem natural das coisas’ e dos seus mecanismos de apropriação”. (MATTIETTO, Leonardo. Função social e a diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. P. 159.)

²⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 83, mar/abr. 2006.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

³⁰ Na visão do professor Luiz Edson Fachin, tais elementos compõem o vértice do Direito Privado, tal como pode ser apreciado na essência de sua obra. (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.)

incondicionado, como de fato muitas vezes ocorre em pleno século XXI, apesar de toda a evolução no enfrentamento da função social da propriedade, é porque se faz presente ainda nesta sociedade uma forte concepção individualista, a qual sustenta um comportamento social consistente no ato de se atribuir valor ao homem segundo aquilo que possui, segundo sua capacidade de ser proprietário. O Direito reflete muito da cultura da sociedade em que está imerso³¹.

Análise realista e semelhante à exposta acima, faz o professor doutor Giovani Clark:

O direito não é revolucionário por si próprio, ele reflete as relações produtivas, culturais, educacionais, econômicas travadas no tecido social. Se as bases da sociedade são de exploração, segregação e ganância em nada adianta modificar as leis, já que elas se transformarão, geralmente em fetiche, ou em documentos ilusórios, usados para legitimarem a permanência dos “donos do poder”, visto que as perversas estruturas se perpetuam. As normas legais, isoladamente, não possuem a magia de fazer o milagre da transformação³².

Diante desta conjuntura, passa-se à exposição das inúmeras manifestações que perpassam pela propriedade e se apresentam no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, inserido em uma Constituição Econômica – que contempla a ordem jurídica da economia.

4 DA AUTONOMIA PRIVADA

Alguns autores utilizam os termos autonomia da vontade e autonomia privada como sinônimos³³:

A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regramento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, autonomia privada capta o momento jurídico de exteriorização da vontade, sendo esta, enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza

³¹ FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. *Op. Cit.* p. 167.

³² SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *op cit.* p. 53.

³³ “Autonomia da vontade e autonomia privada são expressões usadas como sinônimas. Sem embargos disso, há distinção técnica a ser feita. Assim, a autonomia da vontade nasce com as transformações do *ancien regime*, sufocado pela Revolução Francesa, em que a vontade é fonte das obrigações (inclusive a de natureza política, eis que o contrato social decorre das vontades individuais agrupadas, fato esse que gera o Estado). Todavia, com as transformações do mundo, trazidas pela Revolução Industrial (fins do séc. XVIII e começo do séc. XIX), isto é, com as novas formas de produção e circulação dos bens, é claro que o grande veículo dessa movimentação econômica, o contrato teria de sofrer, também, profundas transformações. Agora a autonomia da vontade especifica-se como autonomia privada, dito de outro modo: o eixo daquele primeiro dogma jurídico passa de psíquico/individual (a vontade) para o ato/comportamento volitivo-contratual. *Vale dizer, do fato eminentemente psíquico, para o fato predominantemente social.*” (grifo nosso). (AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo : Forense, 2006, p. 147).

políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribuiu à vontade.³⁴

Feito este destaque, o que ocorre, portanto, é uma releitura do princípio da autonomia da vontade que, recebeu nova roupagem e passou a denominar-se autonomia privada, tal como afirma Cesar Fiúza³⁵.

Por conseguinte, a forma mais correta atualmente de expressar-se acerca da possibilidade de firmar negócios jurídicos é referir-se à autonomia privada, posto que a autonomia da vontade encontra-se superada como ranço do dogma da vontade individualista que não mais reflete a atual feição do direito.

Segundo Orlando Gomes o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no direito contratual na liberdade de contratar:

Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades.³⁶

A autonomia privada está ligada à capacidade negocial, pois é a possibilidade de auto-regrar-se, reconhecida pelo direito, criando normas individuais dentro de sua capacidade, tal é a lição retirada do conceito apresentado por Ana Prata ao afirmar que a autonomia privada passa a significar “o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”³⁷.

Na lição de Pietro Perlingieri “pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas, [...] como consequência de comportamentos - em qualquer medida - livremente assumidos”³⁸.

Guarda um conceito muito prático o apresentado pelo professor Francisco Amaral quando afirma que “considera-se como ponto de partida que a autonomia privada é o poder

³⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 4, v. 15, jul.-set. 2003, p. 73-88.

³⁵ FIUZA, César. *Direito Civil*. 12. ed. rev. at. Belo Horizonte : Del Rey, 2008. p. 311.

³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 20.

³⁷ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra : Almedina, 1982. p. 52.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 17.

jurídico dos particulares de se regularem, pelo exercício da sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”³⁹.

Caio Mário da Silva Pereira define a autonomia como o poder criador de efeitos jurídicos “que se enuncia por dizer que indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações”⁴⁰.

Acrescente-se que a autonomia privada não se manifesta apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas está presente também nos direitos reais⁴¹ e no direito de família⁴² e, mais amplamente, nos negócios jurídicos de natureza extrapatrimonial, embarcando todas as áreas do direito civil.

Autonomia e liberdade caminharam juntas por toda a evolução do direito contratual com maior ou menor amplitude forjando uma íntima relação que permitiu caracterizar a liberdade de contratar como a faculdade de celebrar ou não o contrato, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo da relação obrigacional.

5 DA LIVRE INICIATIVA À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Da perspectiva trazida pela autonomia privada, a livre iniciativa se traduz na liberdade dos indivíduos na consecução dos interesses privados pela busca da obtenção de vantagens econômicas ou de lucro – visto não ser possível mais compreender que o lucro seja o único objetivo da empresa – estando, contudo, em consonância à consecução dos objetivos constitucionais traçados democraticamente.

À luz da economia, a autonomia privada é traduzida pela livre iniciativa. Ou seja, a liberdade individual, evidenciada no poder jurídico normativo dos particulares de reger seus próprios interesses, se manifesta no plano econômico, através da livre iniciativa. Nesta ordem de idéias, a livre iniciativa é o poder consubstanciado na possibilidade dos particulares disciplinarem e definirem a sua atividade econômica, ou, em outras palavras, é o livre exercício da atividade econômica pelos particulares.

³⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. In: *Revista CEJ*, número 09, dezembro 1999, p. 55.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, 21ª ed.. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 479.

⁴¹ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Princípio da autonomia privada X princípio do *numerus clausus* em sede de direitos reais. IN: *Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p. 211-228.

⁴² Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p. 75-88.

Não obstante o prisma econômico da livre iniciativa, é certo que o exercício da atividade econômica se faz através do instituto jurídico dos contratos.⁴³

Assim, compreende-se a livre iniciativa, como o gênero da espécie autonomia privada, voltada à liberdade forjada dentro da Constituição Econômica, “que fixa o deve-ser para a vida econômica, ou seja, estabelecendo os parâmetros constitucionais para as políticas econômicas do Estado e dos particulares”⁴⁴.

A livre iniciativa constitui-se ao lado dos valores sociais do trabalho, fundamento da República, possuindo nos incisos enunciados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, princípios que a direcionam e permeiam:

Artigo 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;

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;

[...]

Vê-se que a finalidade da ordem econômica tem por escopo o equilíbrio entre institutos aparentemente antagônicos, propriedade privada e função social da propriedade, livre iniciativa e valorização do trabalho, que se compatibilizam pela vinculação aos ditames da justiça social e na busca pela concretização do metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

A ordem constitucional de nossos tempos, por isso, evita o intervencionismo gerencial público no processo econômico; deixa de atribuir ao Estado a exploração direta dos empreendimentos de ordem econômica; mas também não pode permitir que em nome da liberdade negocial a força econômica privada seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com o bem-estar social e com valores éticos cultivados pela comunidade.⁴⁵

Assim, entende-se que a concessão de uma relevante margem de liberdade aos indivíduos para a realização de seus interesses está condicionada ao asseguramento de uma

⁴³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do Código Civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*. Ano V. n. 9. Jundiaí : Sociedade Padre Anchieta, Nov./2004. p. 49.

⁴⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *op cit.* p. 77.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Forense : Rio de Janeiro, 2004. p. 34.

existência digna a todos e à observância da justiça social⁴⁶. Este é também o entendimento depreendido do Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência.

A autora, associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento da ADI 3.153-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.⁴⁷

Assim, a livre iniciativa compõe-se de um conceito que deve ser interpretado à luz da função social da empresa e da valorização do trabalho.

A Constituição, contudo, propôs um equilíbrio, ou melhor, inaugurou um tempo de equilíbrio entre esse poder de livre agir e o dever de proteger os valores sociais do trabalho, igualmente preservados, como que a cumprir a função de limite para os abusos do capital. É um relação dinâmica entre responsabilidades diversas. Abre-se, assim, um tempo raro, onde o equilíbrio (a *aquitas* latina) é recolocado como via para a Justiça. Explica-se assim a opção constitucional pela valorização da *coexistência harmônica* entre o par dialético do trabalho e da livre iniciativa, elevados igualmente à condição de valores sociais pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal, ainda que vinculados ao dever de respeitar a soberania nacional, a dignidade do ser humano e o gozo pleno dos direitos e das garantias assegurados aos cidadãos brasileiros.⁴⁸ (grifos nossos)

Contudo, atenta-se para o fato de que a empresa serve-se primeiramente à concretização dos seus interesses na busca por bons resultados econômicos, dos quais depende para existir.

A função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro. Não pode ser esta anulada a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, filantrópica,

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 96, n.857, mar. 2007. p. 18.

⁴⁷ ADI n. 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.

⁴⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1. 5. ed. São Paulo : Atlas 2011. p. 36.

por exemplo. *A empresa tem uma função social, mas não uma função de assistência social.* Primeiro, portanto, tem que reconhecer a função específica da empresa, para, depois, pensar em limitar essa necessária função. A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar.

[...]

*É importante salientar que com essas novas atribuições a empresa não elimina do Estado a sua destinação de dirigir a nação ao bem-estar e à justiça social. O Estado não se exime de sua função por estar a empresa colaborando com a mesma finalidade.*⁴⁹

Assim, visto que mesmo o hipertrófico Estado Social de Direito não conseguiu realizar o grande rol de direitos; no Estado Constitucional de Direito, o ente Público também não consegue, por si, realizar todos os direitos da Carta Constitucional. Assim, expõe a professora Maria Tereza Fonseca Dias que:

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o princípio da soberania popular passa a impor a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Há o reconhecimento da complexidade social e dos procedimentos comunicativos, em cada uma das esferas pública e privada, para a manutenção da dicotomia público versus privado, mediante uma relação de tensão e de *complementaridade*.⁵⁰

Mas, como dito, a realização do interesse público perpassa, a princípio, sob a tutela do Estado e seus parceiros diretos, a exemplo, o Terceiro Setor. Consistindo a empresa privada em plena autonomia na busca de seus interesses que são, em síntese, econômicos, a fim de preservar a proteção e a sobrevivência da própria empresa.

Disto, se depreende a sujeição da empresa ao Regime Jurídico Privado, entendido por Gladston Mamede, de forma eminente, como um verdadeiro princípio do direito empresarial.

6 DO REGIME JURÍDICO PRIVADO

Reinterpretar o Direito sob o enfoque dos princípios constitucionais e destiná-lo à efetivação do projeto democrático, social, político e econômico da Constituição não consubstancia na menor importância do Direito Privado, pelo contrário, os institutos privados

⁴⁹ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. 346. (grifos nossos)

⁵⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte : Fórum, 2008. p. 38. (grifo nosso)

são constitucionalmente protegidos, amparados e indispensáveis como estruturas essenciais a garantir a realização dos demais direitos fundamentais do ser humano.

Conquanto, “por estas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil, tais normas reclamam de conformidade à ordem constitucional.”⁵¹ Mas desta conformação não se depreende que o Direito Privado se despiu de seu núcleo de princípios e regras a ele inerentes, pois o regime jurídico privado se destina aos interesses privados e à proteção do indivíduo, garantindo-lhe, efetivamente, rol de direitos que constitui seu patrimônio, liberdade e dignidade.

Em contrário, alguns autores entendem que a propriedade se submete ao regime jurídico do direito público, devido a obrigatoriedade que esta deve para com sua função social⁵².

Contudo, “não é legítimo ao Estado, mesmo a bem da economia, pretender que o ente privado assuma prejuízos desproporcionais e desarrazoados, a atentar contra a preservação da empresa.”⁵³. Nesse mesmo entendimento, conclui Sávio de Aguiar Soares.

É lícito inferir que a essência do direito de propriedade encontra-se permeada pela principiologia constitucional (fundada em valores sociais e existenciais) em decorrência da certa publicização e despatrimonialização do Direito Privado sem, contudo, descaracterizar o *status* próprio que conserva a regulamentação da situação jurídica proprietária, conforma as faculdades do titular (*dominus*) resguardadas secularmente à luz dos novos parâmetros do ordenamento civil (art. 1228, § 1º, Lei n. 10.406/2002), que levam em conta a figura dos proprietários na ótica pluralista e solidária com fulcro na tutela da dignidade humana. Vale dizer, no conceito de função social deve-se vislumbrar o intuito de preservar o interesse individual e não de subjugar-lo, a fim de garantir eficácia ao próprio direito subjetivo proprietário.⁵⁴

Assim, não obstante a destinação do direito aos fins da justiça social, a propriedade e a empresa sujeitam-se a um regime jurídico privado; tratam-se de bens jurídicos passíveis de titularidade e transferência, tendo por fundamento o princípio da livre iniciativa (artigo 1º, IV,

⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. *op. cit.* p. 68.

⁵² “Essa é uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje à estreita disciplina de direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. (...) a Constituição assegura o direito de propriedade (...) de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão somente as *relações civis* a ela inerentes”. (SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 273.)

⁵³ MAMEDE, Gladston. *op. cit.* p. 44.

⁵⁴ SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade privada e sua função social. *In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito Civil: atualidades III.* Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 467.

da Constituição República); do contrário, estar-se-ia sob o risco de se absorver o indivíduo pelo grupo social e de privá-lo do pleno exercício dos direitos políticos e sociais.

A submissão da empresa ao regime jurídico do Direito Privado não é apenas uma simples localização temática ou, mesmo ainda, uma questão meramente teórica da propriedade privada. Essa afirmação poderia parecer superada pela mitigação da importância dos limites entre público e privado no Direito Brasileiro, consolidada ao longo do século XX. Embora ofereça perspectivas interessantes e corretas, essa objeção não afasta o princípio do regime privado; apenas lhe dá modo, limites. A lógica jurídica e econômica da empresa corresponde ao espaço privado da sociedade, não ao seu espaço público. A empresa atende, imediatamente, ao interesse de seus titulares, servindo à busca do lucro. Apenas mediatamente submete-se ao interesse público, definindo sua função social [...]⁵⁵

Assim, compreende-se que “não é legítimo pretender analisar a empresa, os atos e os fatos empresariais sob a ótica do regime jurídico público, pois não é esse regime ao qual ela se destina”⁵⁶.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito – também designado Estado Constitucional de Direito, por ter por supedâneo a Carta Constitucional e sua força normativa – se determina como o paradigma capaz de construir um novo tempo, um novo direito. Sendo a efetiva expansão normativa da constituição fruto da ampliação do Estado Constitucional de Direito como reação à experiência das ideologias totalitárias.

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.⁵⁷

⁵⁵ MAMEDE, Gladston. *op. cit.* p. 43.

⁵⁶ MAMEDE, Gladston. *op. cit.* p. 44.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 2007. p. 118.

Neste mundo contemporâneo, não há mais espaço para direitos absolutos e vitalícios que se legitimam na formalidade da lei e que se efetivam em proveito, exclusivamente, dos seus sujeitos, sem nenhuma preocupação com a coletividade e com o bem-comum.

Deste modo, o Direito não pode mais funcionar como instrumento de dominação. Ele está dentro do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito, destinado à valorização do ser humano, de sua dignidade; trata-se do fundamento deste Estado, sendo a dignidade da pessoa humana a razão de existência do Estado, o objetivo ao qual ele serve, sendo, concomitantemente, um dos seus pilares de sustentação.

Desta forma, a propriedade e a empresa são relidas à luz da Constituição, não estando apenas limitada às questões de ordem pública, mas também à sua função social.

Assim, revestem-se os institutos em função do propósito constitucional acordado, em que não basta um não fazer, uma neutralidade, ao contrário, o texto da Carta Magna exige uma pró-atividade, uma vinculação à função social para com a coletividade, em cooperação à construção deste Estado de Justiça material.

Trata-se de uma atitude responsável, na defesa de valores supremos de nossa sociedade e pelo respeito à Constituição, interpretada como uma norma jurídica eficaz, traçada para transformação da realidade social em que se encontra o país.

Assim, a livre iniciativa e a propriedade se submetem as regras do Direito Privado, pois é este o regime capaz de garantir ao indivíduo sua defesa contra a absorção total pelo Estado, mantendo-lhe a autonomia e a segurança para se posicionar como pessoa humana digna e livre para a participação democrática. Destinando-se os institutos privados, cooperativamente, à concretização dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 4, v. 15, jul.-set. 2003, p. 73-88.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. In: *Revista CEJ*. n. 09, dezembro 1999.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo : Forense, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 83, mar/abr. 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função* : novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo : Manole, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética* : direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo : Companhia das Letras, 2006.
- COULANGES. Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo : Martin Claret, 2007.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte : Fórum, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.
- FERNANDES, Florestan. A Constituição como projeto político. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 1(1): 47-56, 1.sem 1989.
- FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 14, n. 102, fev./mai. 2012. p. 165.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da cidade e a função social da propriedade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 97, n. 867, jan. 2008.
- FIUZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte : Del Rey, 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 96, n.857, mar. 2007.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

_____. *Direitos Reais*. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do Código Civil de 2002. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*. Ano V. n. 9. Jundiá : Sociedade Padre Anchieta, Nov./2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. A função econômico-social da propriedade: estudos de casos no âmbito dos impactos econômicos das decisões judiciais. *A & C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 9, n. 38, p. 69, out./dez. 2009.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade. Função social e abuso de poder econômico*. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1. 5. ed. São Paulo : Atlas 2011.

MATTIETTO, Leonardo. Função social e a diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, Nº 6 – Jun/05.

MONTEIRO FILHO; Ralphy Waldo de Barros. Função social da propriedade: conteúdo e diretrizes para a sua compreensão. *Revista Forense*. v. 104, n. 397, maio/junho 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo. Saraiva : 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, 21ª ed.. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra : Almedina, 1982.

SCHREIBER, Anderson; Tepedino, Gustavo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº 6 - Junho de 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 2007.

SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade privada e sua função social. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades III*. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Princípio da autonomia privada X princípio do *numerus clausus* em sede de direitos reais. IN: *Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007,

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo : LTr, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro : Forense, 2004.