

FUNÇÃO SOCIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

SOCIAL FUNCTION AND CIVIL RESPONSABILITY

Helena Elias Pinto¹

RESUMO

O presente artigo procura relacionar, de forma mais próxima, o tema da função social à responsabilidade civil. Esclarece que, sob o prisma dos direitos fundamentais, o papel da responsabilidade civil deve estar em harmonia com o grau de proteção que o ordenamento jurídico confere aos diversos direitos passíveis de lesão. Assim, a propriedade, conforme esteja ou não cumprindo sua função social, merece um grau diferenciado de tutela por intermédio da responsabilidade civil. Indica que, nos termos do que atualmente prevê o Código Civil, no artigo 944, parágrafo único, o dogma da reparação integral sofreu forte abalo, ganhando destaque o papel de um juízo de equidade no que diz respeito à fixação do valor da indenização. Realça o papel da função social no conjunto das funções reconhecidas pela doutrina à responsabilidade civil.

Palavras-chave: Direito civil; Responsabilidade civil; Direitos fundamentais; Função social.

ABSTRACT

This article seeks to relate, more closely, the theme of the social function of civil liability. Clarifies that, in the light of fundamental rights, the role of civil liability must be in harmony with the degree of protection that the law gives many rights capable of injury. Thus, the property, as whether or not performing its social function, deserves a different degree of protection through civil liability. Indicates that, pursuant to which currently provides the Civil Code, article 944, paragraph one, the dogma of full compensation under a strong earthquake, highlighting the role of a court of equity as regards the fixing of the amount of compensation. Stresses the role of social function in the set of functions recognized by the doctrine of civil liability.

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito Público e do Programa de Pósgraduação Estrito Senso de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – UFF, Juíza Federal no Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (2007), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2002) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1993)

Keywords: Civil law; Liability; Fundamental rights; Social function.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O condicionamento de diversos institutos jurídicos ao cumprimento de sua função social tem sido reconhecido no direito brasileiro com alguma tradição. Entretanto, o papel da função social na responsabilidade civil não tem sido explorado com igual aprofundamento.

Objetiva-se, ao longo da exposição, demonstrar que a responsabilidade civil, quando relacionada à reparação de direitos patrimoniais, precisa ser compreendida sob a ótica de sua função social, a par das já tradicionais funções indicadas pela doutrina.

O tema da função social dos direitos patrimoniais, especialmente da propriedade, tem longa tradição, podendo ser encontradas no Direito Romano algumas raízes. Posteriormente, credita-se a Duguit a revitalização dessa noção, constituindo sua contribuição marco teórico importante.

No direito positivo constitucional brasileiro, há referência expressa à função social da propriedade nos arts. 5º, inciso XXIII, 170, 182, 184 e 186 da Constituição da República de 1988.

Note-se que, no plano constitucional, a previsão, contida no art. 5º, inciso XXIII, de que “a propriedade atenderá a sua função social” não limita seu campo de aplicação à propriedade imobiliária. Entretanto, mais adiante, o Texto Constitucional se ocupa, especificamente, apenas da propriedade imobiliária urbana (art. 182) e rural (arts. 184 e 186).

O fato de não existir norma mais específica na Constituição para estabelecer os parâmetros para a verificação do cumprimento da função social da propriedade de bens móveis não implica, no que tange a essa categoria, em neutralização do preceito genérico contido no art. 5º, XXIII, e, ainda, novamente referido no art. 170, III (a função social da propriedade como princípio da ordem econômica).

Pode-se observar, ainda, a partir de atenta observação do ordenamento jurídico brasileiro, que a função social da propriedade pode produzir efeitos em relação a todas as faculdades inerentes ao domínio: uso, fruição e disposição.

No plano infraconstitucional, o Código Civil disciplina a função social do contrato, da posse e da propriedade. Coube à doutrina reconhecer a função social da empresa, da família, do testamento e da cidade.

Mas, afinal, o que é função social?

Sobre o tema, a doutrina apresenta diversas abordagens. Para Judith Martins-Costa (2002, p. 148), a **funcionalização** indica “a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios”. A autora (2002, p. 148) também destaca a amplitude da aplicação do preceito:

A concepção complexa e escalonada da função social da propriedade teve o mérito de superar os entendimentos dualistas, pelo qual a função social estaria atada à “natureza” de certos tipos de propriedade (por exemplo, a propriedade dos bens de produção). Não sendo mais considerado monoliticamente o direito, nem apenas visualizado externamente, a questão é de saber como se estrutura, em diferentes graus, a função social, conforme a função que o direito é chamado a operar e as efetivas utilidades da res para a sociedade, sendo certo que nem a Constituição brasileira nem o novo Código Civil traduzem a distinção, determinando apenas que “a propriedade (isto é, qualquer propriedade) atenderá à sua função social”. E se toda e qualquer propriedade “atenderá à sua função social”, assim não apenas a propriedade do solo ou a dos bens de produção, mas também a propriedade imaterial e a propriedade da empresa, por exemplo.

Renato Duarte de Moraes (2006, p. 582) destaca a diversidade de implicações do princípio, que impõe restrições e deveres:

O conceito impõe não apenas restrições, mas deveres comportamentais (de cunho positivo) que devem necessariamente ser observados sob pena da aplicação de sanções. O princípio constitucional não apenas veda que a propriedade seja exercida com certo objetivo. Na verdade, ele impõe um objetivo que deve necessariamente ser obedecido, qual seja, o atendimento do interesse social.

Como desdobramento do princípio da função social da propriedade, o Código Civil expressamente prevê a função social dos contratos, que é um dos instrumentos por intermédio dos quais se viabilizada a aquisição da propriedade. Ao disciplinar o tema, prevê o art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Desse modo, também se atribui ao exercício do poder negocial funções positiva e negativas, conforme lição de Judith Martins-Costa (2002, p. 148), com apoio na doutrina de Vittorio Frosini:

Assim como ocorre com a função social da propriedade, a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que a recobriria na codificação na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o

direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

O questionamento sobre uma possível função social da responsabilidade civil busca desvendar qual o papel que o direito de danos desempenha no ordenamento jurídico contemporâneo.

Na atualidade, não é mais possível o estudo do tema fora do enfoque necessário da interpretação do instituto sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Isto porque, para exemplificar com o próprio direito de propriedade, sua proteção no ordenamento jurídico constitucional abrange as faculdades inerentes ao uso, ao gozo, à fruição e à indenização em caso de lesão. Assim, o estudo do direito de danos implica na verificação do perfil constitucional do bem jurídico lesado e sua peculiar esfera de proteção. Disso decorrem algumas conseqüências, tais como a repercussão do atendimento ou não da função social da propriedade sobre o nível de proteção conferido pelo ordenamento jurídico ao proprietário que venha a sofrer lesão em seu direito.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A responsabilidade civil pode ser vista sob dois ângulos: o do direito objetivo, como o do instituto da responsabilidade civil (conjunto de normas e princípios que, abstratamente, formam um sistema jurídico com características próprias) e do direito subjetivo, em que é considerada a relação que impõe o dever de indenizar, considerado concretamente.

A responsabilidade civil era compreendida, até aproximadamente o início da década de 80, como um mecanismo de tutela e reparação de direitos de natureza patrimonial, especialmente o direito de propriedade. Tal assertiva pode ser confirmada diante da constatação de que os danos morais (em sentido amplo) não eram considerados passíveis de ensejar direito à indenização até um passado relativamente recente.

Com a profunda alteração produzida pela Constituição da República de 1988, que passou a admitir expressamente a tutela jurídica reparatório-compensatória por dano moral, conforme preceitos contidos no art. 5º, incisos V e X, o papel do instituto da responsabilidade civil alterou-se substancialmente e se ampliou para além da tutela patrimonial: no direito brasileiro contemporâneo, o direito à tutela reparatório-compensatória, via responsabilidade

civil, é verdadeira cláusula geral de proteção ampla aos direitos fundamentais, sejam os de natureza patrimonial, seja os de natureza existencial (vida, liberdade, integridade física, honra, relações familiares e afetivas, bem estar físico e psicológico etc).

O direito de propriedade é reconhecido, em geral, como o conjunto de faculdades inerentes ao domínio e que incluem o direito de o seu titular usar, fruir e dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art. 1228 do Código Civil). Entretanto, deve-se somar a esse conjunto de faculdades o direito de “ser indenizado em caso de lesão”. O direito à indenização em caso de violação é inerente ao próprio direito à propriedade e, portanto, integra o conjunto de faculdades inerentes ao domínio, estando compreendido dentro da moldura constitucional da própria proteção ao direito de propriedade.

É exatamente por esse motivo que, ainda em países que não adotam a previsão expressa da responsabilidade civil do Estado no Texto Constitucional, a doutrina admite que o direito à indenização decorre da própria previsão da proteção estatal aos direitos fundamentais.

O advento da Constituição de 1988 alterou de forma substancial o tratamento do mecanismo da responsabilidade civil, elevando-o a novo patamar: o de instrumento de proteção dos direitos fundamentais, qualquer que seja sua natureza.

Há situações em que será identificada uma verdadeira competição entre o direitos fundamentais do lesado e do autor do fato deletério. Sobre essa perspectiva de competição entre direitos fundamentais, confirmam-se as ponderações de Ricardo Lorenzetti (1998, p. 280):

[...] os direitos fundamentais competem entre si e esta colisão requer uma perspectiva mais ampla, capaz de indicar-nos uma solução. Ademais, necessitam de uma plataforma para sua realização efetiva, a fim de que não se reduzam a meras declarações e, em vista disto, precisam ser compatibilizados com a ordem social.

A ampliação do suporte fático do Direito Privado até o âmbito social e econômico nos leva a identificar normas fundamentais que “institucionalizam” a sociedade civil, o mercado e o Estado. Permitem coordenar o público e o privado, a economia e o Direito.

Tanto os Direitos como as regras institucionais são regras, num sentido técnico que esclarecemos a seguir.

Mas, além disso, existe uma ordem de princípio e valores que cooperam nessa função institucional.

Por fim, há bens fundamentais que são garantidos e modos de efetivação dos direitos que também têm caráter fundamental.

A característica dessas normas, constituídas por regras, princípios e valores, é que elas cumprem uma função “fundante”.

Lorenzetti (1998, pp. 280-281) acrescenta que essa função “fundante” significa que tais normas servem para dar origem a outras normas; têm uma função interpretativa (servem para “orientar a interpretação correta”); constituem fronteiras (“além das quais se torna ilegítima a atuação jurídica”) e, por fim, cumprem também uma função de integração (“são um instrumento técnico para preencher uma lacuna do ordenamento jurídico”).

Para solucionar essas competições entre direitos fundamentais, há que se buscar no sistema os parâmetros para a construção da solução justa. A primazia da dignidade da pessoa humana deverá ser um dos vetores a ser considerado. Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2002, p. 183) pontua:

E se a pessoa é o valor-fonte, fonte projetante ou instituidora dos demais valores, caracterizando uma “invariante axiológico-jurídica” não há como negar a existência de uma hierarquia entre valores. Terá assim a pessoa humana, além de uma valência específica no plano ontognoseológico, outra no plano ético [...]. Esta profunda reflexão não poderá não se projetar e ecoar no plano da experiência jurídica concreta, na prática cotidiana dos foros, numa época em que, paradoxalmente, afirma-se o valor da pessoa humana inclusive em sede constitucional para agredi-la pelos mais diversos meios, dos mais rudes e palpáveis, como os que resultam de uma ordem social e econômica injusta, aos mais sofisticados, tais os gerados pelo totalitarismo mediático ou científico.

A pauta de parâmetros para auxiliar o aplicador do Direito nessa missão de fazer as escolhas em caso de competição de direitos é missão para outra oportunidade, não tendo espaço nos limites específicos deste texto.

3. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É preciso compreender a dinâmica da responsabilidade civil na aplicação do Direito para a compreensão de suas funções. A doutrina costuma apontar como principais orientações a atribuição de duas funções: função reparatória e função punitiva. Parte da doutrina, a exemplo de Fernando Noronha (2007, p. 439), indica a função preventiva (ou dissuasora) como terceira função da responsabilidade civil.

A função punitiva é alvo de controvérsias, cujo enfrentamento não cabe no propósito do presente estudo. Entretanto, deve-se ressaltar que a existência de um sistema de responsabilidade objetiva tão vasto quanto o adotado no Brasil não convive em harmonia com

a função punitiva, pela ausência, nesse sistema objetivo, do critério do desvalor da conduta, que seria adequado para ensejar uma função punitiva. Especialmente na hipótese de responsabilidade civil do Estado, não faria sentido a adoção de uma função punitiva para a responsabilidade civil, porque a punição recairia sobre o patrimônio público.

Entretanto, há na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exemplos de adoção da função de exemplaridade, que parece mais adequada, porque apta a desempenhar com vantagem o mesmo papel (desestimulador de condutas lesivas), sem as desvantagens que a função punitiva, com seus ares de castigo ou de vingança, apresenta em termos de falta de consenso na doutrina. Em acórdão de que foi relator o Ministro Luiz Fux (RESP 427560/TO) ficou consignado que “a fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e **exemplaridade**, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e a capacidade econômica do sucumbente”.

Fernando Pessoa Jorge (1999, pp. 48-49) elenca argumentos contrários ao acolhimento de uma função punitiva (ou punitiva-preventiva) à responsabilidade civil:

Segundo a primeira orientação, a responsabilidade civil constituiria a *sanção* do acto ilícito civil. Alguns autores completam esta posição, acrescentando-lhe o reconhecimento de um objectivo de prevenção, vendo-a como forma de *desencorajar a prática de novos actos ilícitos produtores de danos*, quer pelo próprio agente (*prevenção individual ou especial*), quer pelas outras pessoas (*prevenção geral*).

Esta opinião – de a responsabilidade civil ter apenas um fim de *punição-prevenção*, como é geralmente concebido o objectivo da responsabilidade penal – não parece resistir aos argumentos contra ela invocados.

Por um lado, de várias disposições da lei deduz-se que a existência de *prejuízos* é pressuposto ou requisito da responsabilidade civil (arts. 483o, 89o, 562o e segs.); se esta tivesse carácter de sanção, deveria em princípio nascer imediata e necessariamente da prática de acto ilícito, houvesse ou não prejuízos. Tal conclusão, além de contrária à lei e ao entendimento generalizado da doutrina, seria ininteligível: se a responsabilidade civil consiste, por definição, na obrigação de *indemnizar prejuízos*, não pode imaginar-se sem estes.

Por outro lado, se a responsabilidade civil desempenhasse exclusivamente função punitiva-preventiva, era de admitir a sua aplicação em caso de tentativa de lesão ou de lesão frustrada, em termos análogos aos que aparecem no direito criminal, bem como devia ser

oficiosa a respectiva acção. Além disso, seria de excluir a transmissão *mortis causa* da obrigação de indemnizar. (grifos do autor)

É possível encontrar na doutrina algumas referências à formulação de uma nova função para a responsabilidade civil: a função social. Francisco Amaral (2006, p. 364) comenta que:

A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o direito em particular e a sociedade em geral começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente na relação do direito com a economia.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 171), em artigo de doutrina sob o título **O princípio da solidariedade**, indica um exemplo em que a função social e o princípio da solidariedade se aproximam, tendo por substrato a proteção de valores compartilhados pela coletividade:

Os tribunais brasileiros não tardaram em reconhecer a dimensão transformadora da solidariedade constitucional. Se até 1998 o termo só surgia na jurisprudência na acepção obrigacional, hoje o Supremo Tribunal Federal traz à baila a solidariedade como um dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo. Um exemplo de aplicação, pela Corte, do princípio da solidariedade foi a desapropriação-sanção de um imóvel rural localizado no Pantanal Mato-Grossense, calcada na imposição, derivada da função social como limite interno ao direito do proprietário, de utilização adequada dos recursos naturais e preservação da natureza local. Ao examinar o caso, o STF considerou o dever de respeito à integridade do meio ambiente (art. 225, CF/88) como um “típico direito de terceira geração”, que consagra o princípio da solidariedade e constitui *um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos*. (grifo da autora)

Pode-se reconhecer a função social da responsabilidade civil projetando-se em três dimensões: i) a primeira, como desdobramento da função social do direito violado (quando se tratar de direito patrimonial); ii) a segunda, na sua dimensão preventiva, de desestimular comportamentos lesivos – o que revela a atuação do instituto como importante mecanismo de controle social; e, iii) por último, na busca do equilíbrio das relações jurídicas, rompido pela lesão – momento em que a função social se reveste da roupagem da solidariedade social, funcionando a equidade como instrumento de ajuste fino desse equilíbrio, com vistas a proporcionar a fixação de uma indenização que seja, simultaneamente, individual e socialmente justa. Nesse contexto, destaca-se a abertura do sistema proporcionado pelo art.

944, parágrafo único, do Código Civil. Ricardo Lorenzetti (1998, p. 285) observa, ao tratar dos direitos fundamentais, que “há uma tensão relacional entre os direitos: o que se dá a um se tira do outro”.

O que se busca encontrar já não será necessariamente o mesmo equilíbrio que existia anteriormente, pois a responsabilidade civil nem sempre resultará na reparação integral, com o retorno do estado das coisas à situação original; consistirá, na verdade, na busca de um novo equilíbrio – o possível, o mais justo, diante da nova conjuntura criada pela situação deletéria.

O exemplo mais nítido dessa inadequação da busca pelo restabelecimento do estado original de equilíbrio ocorre com a responsabilidade civil por dano moral. Sequer é possível falar em reparação, pois o equilíbrio possível será alcançado mediante uma mera compensação ao lesado. Também nos casos em que o juiz decidir com aplicação da equidade e do fator moderador da função social da responsabilidade civil, o resultado será não o retorno ao anterior estado das coisas, mas a construção de um equilíbrio possível, em conformidade com os princípios vetores do ordenamento jurídico.

A novidade trazida pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que autoriza o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” foi objeto de dois enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil (Comissão de Responsabilidade Civil), promovida pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ, neste ano de 2011:

I) A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.

II) O grau de culpa do ofensor ou a sua eventual conduta intencional deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.

Com relação ao primeiro enunciado acima transcrito, deve-se pontuar uma crítica em relação à limitação da hipótese para aceitá-la apenas em caráter excepcional. É que tal interpretação não parece ter amparo no referido preceito do Código Civil, que não qualifica a situação de incidência da norma como sendo de caráter excepcional. Apenas se exige que seja identificada uma desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Parece evidente que o escopo da norma é o de não onerar excessivamente aquele que atuou com conduta que não revela acentuado desvalor. Trata-se de preceito que procura não sobrecarregar um dos personagens da situação deletéria com o peso das consequências que decorrem, em parte, do infortúnio.

Essa inserção da equidade como critério para permitir ao Magistrado a fixação do valor da indenização em valor inferior ao correspondente à extensão da lesão é indicativa de que o legislador fez uma opção pela superação de um sistema binário, baseado na noção de licitude/ilicitude, pela adoção de um critério mais complexo, fundamentado na noção do justo/injusto – que não é mais binário (baseado na lógica do “tudo ou nada”), mas admite gradação, redução proporcional baseada na equidade.

A inserção da equidade como critério a ser utilizado pelo Magistrado ao fixar o valor da indenização representa uma mudança de paradigma no que tange ao papel da responsabilidade civil, criando uma abertura do sistema que não deve ser desprezada.

O papel da equidade, aqui, é muito mais amplo do que aquele tradicionalmente reconhecido pela doutrina. Francisco Amaral (2004, p. 17) assim comenta sobre a equidade, fazendo uma clássica exposição sobre o tema:

A equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do Direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. Tem-se, assim: a equidade interpretativa, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; a equidade corretiva, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; equidade quantificadora, que atua na hipótese de fixação do quantum indenizatório; a equidade integrativa, na qual a equidade é fonte de integração, e ainda a equidade processual, ou juízo de equidade, conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem.

O modelo da reparação integral que era adotado em um sistema de direito civil patrimonialista parece superado pelo modelo da reparação justa, acolhido por um novo sistema que se caracteriza por ser mais aberto, tem sua ênfase na dimensão axiológica e encontra-se mais habilitado à proteção da existência digna do que à mera tutela do patrimônio.

O atendimento da função social é critério que tem repercussão no grau de proteção que o direito de propriedade tem à luz do ordenamento jurídico em caso de violação, podendo variar desde a proteção máxima (reparação integral) à proteção em grau zero (ausência de indenização). A proteção máxima é a que consiste na reparação integral e deve ser adotada nas hipóteses em que a propriedade atende plenamente sua função social. O outro polo, da ausência de proteção (não cabimento de indenização), é o adequado para a situação em que a

propriedade atinge um grau máximo de violação do dever de cumprimento de sua função social: hipótese em que a propriedade é instrumento ou produto de ilícito penal. A lesão à propriedade que esteja revestida de tais características não configura dano indenizável, por ar ausente o necessário atributo da situação protegida pelo Direito. Entre uma situação extrema (cumprimento integral da função social) e outra (descumprimento em grau máximo da função social), depara-se o intérprete com a hipótese de se cogitar de uma situação intermediária em que o descumprimento da função social da propriedade seja em grau médio e, assim, cause uma repercussão proporcional no que tange à fixação do *quantum debeatur*. A hipótese, que parece correta, merece maior reflexão e o desafia a elaboração de uma pauta de parâmetros de controle para a definição dos graus de descumprimento da função social – tarefa que se torna mais difícil quanto aos bens móveis, para os quais a Constituição da República não fixou balizas.

Note-se que o reconhecimento da função social dos contratos já aparece, com relativa frequência, na jurisprudência dos Tribunais, merecendo destaque o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1255315 / SP), da relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS.

1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito.
2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei.
3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição.
4. A rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais.
5. Os valores fixados a título de danos morais e de honorários advocatícios somente comportam revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que se mostrarem exagerados ou irrisórios. Precedentes.

6. A distribuição dos ônus sucumbências deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos. Precedentes.
7. Recurso especial não provido.

Entretanto, no que tange à vinculação entre os temas da responsabilidade civil e a função social, coube até o momento a uma incipiente doutrina a adoção dos primeiros passos no sentido de elaborar as linhas mestras dessa relação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da função social não é novo no direito brasileiro. Entretanto, não tem sido explorado com a necessária profundidade no que tange à sua aplicação na responsabilidade civil, seja no que diz respeito à repercussão, no momento da fixação do *quantum debeatur*, de eventual (des)cumprimento da função social da propriedade objeto dos efeitos deletérios, seja no que tange ao próprio papel da responsabilidade civil como mecanismo de tutela de valores sociais.

O estudo da responsabilidade civil na perspectiva dos direitos fundamentais conduz o intérprete a um modelo que não mais se pauta pela dicotomia lícito/ilícito (tudo ou nada), mas o induz a pensar o caso concreto sob ótica mais ampla e complexa das noções do justo/injusto, admitindo, portanto, que a gradação inerente à noção de injusto acarrete repercussão na fixação da proporcionalidade da indenização. Nesse contexto, a responsabilidade civil não mais se guia pelo dogma absoluto da reparação integral, conforme preceito contido no Código Civil (art. 944, parágrafo único).

Nessa linha de raciocínio, ganha relevância para a solução dos casos concretos levados à apreciação judicial o antigo, e agora renovado, recurso do julgamento por equidade, porque atualmente há previsão legal expressa no Código Civil, no artigo 944, parágrafo único, para reconhecer ao juiz o papel de integrador da norma que prevê, como norma geral hipotética, a reparação baseada tão somente na dimensão da lesão apenas para os casos em que não houver grave desproporção entre a gravidade da lesão e o grau de culpa.

Entretanto, a previsão de que o juiz deve se valer da equidade para estipular o valor da indenização a ser paga se ocorrer a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil implica em verdadeira abertura do sistema para um juízo de equidade que deve levar em conta, para a justa fixação do valor da indenização, não apenas o gradação da culpa do ofensor, mas toda uma gama de critérios que podem e devem incluir o atendimento da

função social da propriedade objeto da lesão, quando se tratar de dano patrimonial. Essa é a interpretação mais condizente com toda a filosofia que permeia o Código Civil e que inclui a valorização da pessoa humana em detrimento das relações de natureza meramente patrimonial que mereciam prestígio no mais elevado grau no Código editado em meados da segunda década do século XX.

A par disso, a redobrada valorização da função social da propriedade atende primordialmente as balizas constitucionais do exercício desse direito, a ponto de ser referido o condicionamento à observância da função social não apenas no art. 5, inciso XXIII, mas também no capítulo que trata da ordem econômica (mais precisamente no art. 170, III, do Texto Constitucional).

O atendimento da função social é critério que tem repercussão no grau de proteção que o direito de propriedade recebe à luz do ordenamento jurídico em caso de violação, podendo variar desde a proteção máxima (reparação integral), nos casos em que ocorrer lesão à propriedade que cumpre a sua função social, à proteção zero (ausência de indenização) nas hipóteses de lesão à propriedade que, em grau máximo, descumpra sua função social porque é utilizada para a prática de ilícito criminal – o que configura verdadeira ausência de situação a ser protegida pelo Direito. As situações intermediárias constituem um desafio para a doutrina no que tange à fixação de critérios que permitam que o mandamento constitucional de condicionamento da propriedade ao cumprimento de sua função social tenha repercussão no momento da fixação do valor da indenização.

5. REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A equidade no código civil brasileiro**. **CJF**, Brasília, n. 25, pp. 16-23, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero25/artigo03.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2007.

_____. **Direito civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 672 p.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 136 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In:_____; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 103-194.

CANARIS, Claus–Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006. 165 p.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 578 p.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho: público y privado**. Buenos Aires: Heliasta, 2001. 268 p.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 390 p.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. 316 p.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto; TARTUCE, Flávio (Coord.); CATILHO, Ricardo. Responsabilidade pressuposta. **Direito civil: direito patrimonial, direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, pp. 395-423.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 383 p.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. 433 p.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 347 p. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. 613 p.

MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. In: _____; MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 169-183.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, cap. 3, pp. 210-240.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, tomo IV, 1998. 485 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civilconstitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356 p.

_____. O princípio da solidariedade. **Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 157-176.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Fundamentos do Direito das Obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. I, 2007. 710 p.

PINTO, Helena Elias. **O dano moral na jurisprudência do STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 162 p.

_____. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 501 p.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. 871 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 335 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006. 909 p.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 2 v.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004. 765 p.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. 226 f.