

PREFÁCIO

1. Função social é um conceito que está na ordem do dia, presente no nosso mundo jurídico em posição de destaque no ordenamento constitucional, no direito civil e no direito público. Este livro representa o mais abrangente esforço feito nos últimos tempos para reunir estudos e ensaios sobre o tema. Os organizadores tiveram a felicidade de contar com a colaboração de muitos dos nossos melhores juristas nessas áreas e publicam agora um excelente conjunto de artigos.

2. As vinte e cinco contribuições doutrinárias podem ser assim classificadas:

I – *A função social e o direito*

- A função social do direito na visão sistêmica de Talcott Parsons, Rafael Bicca Machado
- Direitos fundamentais e função social do (e no) direito, Wilson Steinmetz.

II – *A função social e o direito privado*

- O interesse social no direito privado, Arnaldo Wald
- Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado, Ingo Wolfgang Sarlet
- A função social do direito privado, Eugênio Facchini Neto.

III – *A função social e o contrato*

- Há função social no contrato bancário? Jairo Saddi
- Direito, economia e a função social do contrato, Luciano Benetti Timm
- Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, Antonio Junqueira de Azevedo.

IV – *Função social, economia e empresa*

- A Função social da empresa na Constituição de 1988, Ana Frazão de Azevedo Lopes
- Reflexões a propósito da livre iniciativa e da função social, Egon Bockmann Moreira

- Direito, mercado e função social, Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado
- A função social como objeto da análise jurídica da política econômica, Marcus Faro de Castro
- Função social do contrato e direito de empresa, Rachel Sztajn.

V – *A função social e a propriedade*

- A função social do direito de propriedade e o conceito de produtividade no Brasil, Flávia Santinoni Vera
- A função social do direito e a questão da propriedade: expectativas normativas, Germano Schwartz e Rafael Machado Soares
- Homens e mulheres do chão levantados, Luiz Edson Fachin
- Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública, Nilma de Castro Abe
- Função social da posse ou posse como função social? Uma questão de exigibilidade de direito fundamental frente à Constituição, Elaine Harzheim Macedo.

VI – *A função social e a propriedade intelectual*

- A função social da propriedade intelectual: patentes e *know-how*, Daniela Zaitz e Gustavo Fávaro Arruda
- As flexibilidades do TRIPs e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o problema com a assistência técnica e acordos de livre comércio, Duncan Matthews, traduzido para o português por José Eduardo da Silva Tinen
- Função social do direito de autor, Guilherme C. Carboni.

VII – *A função social e o direito tributário*

- A função social dos contratos e o direito tributário, Eduardo Jobim
- A função social no direito tributário, Frana Elizabeth Mendes.

VIII – *A função social e o biodireito*

- O biodireito e a ética da prospectiva e da responsabilidade: a controvérsia sobre a clonagem humana, Sérgio Augustin e Ângela Almeida.

IX – *A função social e a arbitragem*

- A função social da arbitragem, Valeria Galíndez.

3. A simples enumeração feita acima evidencia o alcance da abordagem, a profundidade dos estudos e a utilidade que dessa publicação todos nós recolheremos.

Entre eles há – como desde logo se percebe, e não poderia ser diferente – grande diversidade de idéias e de concepções a respeito da função social. O mosaico é colorido, cada peça valiosa e o conjunto extremamente enriquecedor da nossa bibliografia jurídica.

O Dr. Rafael Bicca Machado, em seu artigo intitulado “A função social do direito na visão sistêmica de Talcott Parsons”, busca inspiração no sociólogo americano para negar aos juízes uma posição ativista. Como a presença da cláusula geral da ‘função social’ poderá ser incentivadora dessa tendência pretoriana, o autor trata de afastá-la, expondo as justificativas.

O Dr. Wilson Steinmetz, em “Direitos fundamentais e função social do (e no) direito”, cuida de tema recorrente no direito constitucional e que se insere no direito privado, com atenção cada vez maior para a aplicação e respeito aos direitos fundamentais. A utilização do conceito depende de sua adequada compreensão, para o que contribui o trabalho.

O Professor Arnaldo Wald, no artigo “O interesse social no direito privado”, acentuou a necessidade de ser entendido o princípio de acordo com a sua real finalidade, não de defesa do mais fraco na relação, mas para a preservação do equilíbrio entre o econômico e o social.

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet, em “Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado”, aprofunda seus estudos sobre os direitos fundamentais, tema por ele versado em inúmeras publicações, apontando para a extensão dos direitos fundamentais e a eficácia dos princípios nos planos verticais e horizontais.

O Dr. Eugênio Facchini Neto, magistrado e professor, em “A função social do direito privado”, tratou de conciliar a experiência que lhe trouxe o desempenho dessas duas atividades para nos fornecer instrumentos conceituais que auxiliem na funcionalização do conceito.

O Dr. Jairo Saddi pergunta “Há função social no contrato bancário?” E responde afirmativamente, entendendo que essa função consiste basicamente em garantir a relação de crédito, para o que é indispensável a proteção do credor. Isto é, enquanto muitos podem ver na cláusula uma possibilidade de garantir a

'socialidade' do Direito, cuidando do reequilíbrio de posições diferenciadas, o autor parte de ponto de vista contrário, dando relevo ao interesse do credor.

O Dr. Luciano Benetti Timm, em "Direito, economia e a função social do contrato", faz a resenha do entendimento já manifestado em diversos escritos sobre o tema e conclui pela conveniência de uma interpretação econômica do Direito.

O Professor Doutor Antonio Junqueira de Azevedo, em "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual", ensina que a cláusula deve servir basicamente à conquista de uma ordem social harmônica, para manutenção do justo equilíbrio entre as partes.

A Dra. Ana Frazão de Azevedo Lopes, em "Função social da empresa na Constituição de 1988", sustenta que essa função está centrada na justa distribuição das riquezas geradas pela atividade empresarial.

O Dr. Egon Bockmann Moreira faz "Reflexões a propósito da livre iniciativa e da função social" e observa a dualidade de valores a preservar: de um lado, o legítimo interesse do investidor, de outro, a necessidade de assegurar a existência digna de todos, finalidade a que estão apostos o Estado e as empresas.

Os Drs. Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado, no artigo escrito em conjunto, "Direito, mercado e função social", afirmam que a função social do Direito é a de assegurar o bom funcionamento do mercado, preservando suas instituições, sendo útil para essa compreensão a análise econômica do Direito.

O Dr. Marcus Faro de Castro, em "A função social como objeto da análise jurídica da política econômica", introduz interessante idéia a respeito da 'autonomia responsável', e assevera que a boa aplicação da cláusula da função social contribuirá para evitar a tendência de mercantilização de vários aspectos da vida social.

A Dra. Rachel Sztajn, em "Função social do contrato e direito de empresa", mostra a sua preocupação com o a perspectiva de mau uso da cláusula pelos magistrados.

A Dra. Flávia Santinoni Vera, no artigo "A função social do direito de propriedade e o conceito de produtividade no Brasil", aponta para a necessidade de ser feita adequada harmonização dos princípios sobre propriedade, produtividade e função social, a exigir conhecimentos multidisciplinares e

especializados, cuja finalidade há de ser a garantia 'de um saudável e aperfeiçoado sistema de proteção dos direitos de propriedade'.

Os Drs. Germano Schwartz e Rafael Machado Soares, em "A função social do direito e a questão da propriedade: expectativas normativas", utilizam a idéia de sistema e as lições de Luhmann para concluir que a expectativa normativa consagra uma nova concepção do direito de propriedade, superando o pensamento liberal individualista.

O Professor Doutor Luiz Edson Fachin, no artigo intitulado "Homens e mulheres do chão levantados", realça os valores humanos, os direitos fundamentais e acredita no surgimento de uma tendência de solidariedade social, para o que contribuirá a cláusula da função social, uma vez que o novo direito a põe como causa justificativa da propriedade.

A Professora Nilma de Castro Abe, em "Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública", sustenta a tese de que o princípio da função social da propriedade é dirigida ao particular e não se aplica à propriedade pública, regida por princípios que lhe são próprios.

A Doutora e Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Profa. Elaine Harzheim Macedo, no trabalho "Função social da posse ou posse como função social? Uma questão de exigibilidade de direito fundamental frente à Constituição", recomenda sejam visualizados em nova perspectiva a posse e a propriedade.

Os Drs. Daniela Zaitz e Gustavo Fávaro Arruda, em "A função social da propriedade intelectual: patentes e *know-how*", mostram que os dois interesses antinômicos, mas indissociáveis do problema da propriedade intelectual, de um lado o do inventor, de outro o do público consumidor, podem ser harmonizados com o uso da cláusula da função social.

Dr. Duncan Matthews, traduzido por José Eduardo da Silva Tinen, em "As flexibilidades do TRIPs e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o problema com a assistência técnica e acordos de livre comércio", versou sobre um dos assuntos de interesse imediato da sociedade e causa de preocupação para os governantes de países em desenvolvimento, como o Brasil, qual seja, a comercialização dos remédios e a proteção garantida por tratados internacionais.

O Dr. Guilherme C. Carboni cuidou do tema específico da "Função social do direito de autor" e mostrou seu propósito de – mediante o uso da cláusula geral da função social – encontrar caminhos que permitam formas

mais abertas de criatividade e amplitude democrática nesse importante campo da regulação do direito de autor.

Eduardo Jobim, no extenso e aprofundado estudo sobre “A função social dos contratos e o direito tributário”, aborda a ‘metódica estruturante de Friedrich Müller como ferramenta hábil para visualização e resolução de conflitos entre princípios: o princípio solidarista *versus* o princípio da tipicidade no sistema tributário brasileiro’.

A Dra. Frana Elizabeth Mendes, em “A função social no direito tributário”, aproxima a atividade estatal, de natureza legislativa e administrativa, dos princípios tributários constitucionalmente estabelecidos, com o que estaria sendo assegurada a função social do tributo.

Sérgio Augustin e Ângela Almeida, no artigo “O biodireito e a ética da prospectiva e da responsabilidade: a controvérsia sobre a clonagem humana”, escreveram: “Diante disso, opina-se por concretizar uma ética da prospectiva e da responsabilidade a partir de duas ações fundamentais: maximizar o conhecimento a respeito das possíveis conseqüências da técnica de clonagem, na medida em que elas podem pôr em risco o futuro da humanidade; e proporcionar, com base nesse conhecimento, que a sociedade decida o que convém e o que não convém, o que admite e o que quer evitar. Deixar essa decisão ao critério das grandes indústrias de biotecnologia, seria um erro e um desrespeito à *dignidade da humanidade*”.

A Dra. Valeria Galíndez, em “A função social da arbitragem”, cuida de um tema de evidente atualidade, qual seja, o encontro de soluções alternativas para a prestação jurisdicional. Não de uma alternativa à Justiça, mas de outros modos de prestação da Justiça que possam satisfazer o interesse do cidadão na solução do litígio em que esteja envolvido. A autora observa que a arbitragem pode colaborar para isso, e assim exercer uma relevante função social.

4. Esse breve resumo, que não pretende ser completo, mas apenas indicativo do variado e precioso conteúdo deste livro, serve para evidenciar que “função social” é um conceito polêmico, ainda sujeito a muita controvérsia. Pelo que se percebe da leitura dos muitos textos, a maioria deles está carregada de forte influência ideológica: há os que temem o uso da cláusula geral “função social” como meio de enfraquecer o contrato e reduzir direitos, especialmente os decorrentes da propriedade; outros encontram nela exatamente o instrumento de proteção da pessoa e de realização dos direitos fundamentais, aspiração maior

do nosso ordenamento jurídico. Aqueles elogiam a análise econômica do direito e do contrato, enquanto estes (a meu juízo, com razão) aplaudem a maior influência dos princípios éticos. É possível que a experiência dos próximos anos, com os estudos da doutrina e a aplicação a ser feita pelos tribunais, venha a encontrar um caminho que não frustre as expectativas de renovação e aprimoramento social, advindos da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, ao mesmo tempo em que assegure ambiente de segurança jurídica e equilíbrio econômico, necessários para o desenvolvimento e a paz social.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2006.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Coordenação:

LUCIANO BENETTI TIMM

Pós-doutorado da Universidade de Berkeley, Califórnia, no Departamento de Law, Economics and Business. Doutor em Direito dos Negócios e da Integração Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Master of Laws (LLM) em Direito Econômico Internacional pela University of Warwick. Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Universidade Luterana do Brasil.

RAFAEL BICCA MACHADO

Advogado. Mestre em Ciências Sociais na PUC/RS. Professor de Direito Comercial na FEEVALE. Vice-Presidente do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul.

FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, outono de 2009

quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

REFERÊNCIA:

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Função social do direito**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2009.