
A FUNÇÃO SOCIAL DAS OBRIGAÇÕES SOB O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE ROLE OF SOCIAL OBLIGATIONS UNDER THE LAW OF THE DEMOCRATIC STATE PARADIGM

GISELLE MARQUES DE ARAÚJO ¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo investigar se o instituto jurídico das obrigações deve atender à função social, questionamento que será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica a ser efetivada sob o referencial teórico do fenômeno da constitucionalização que vem desenhando um novo perfil para o direito civil, como resultado da influência marcante dos princípios constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a justiça social. No contexto de um Estado Democrático de Direito, o compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais, chegaria a ponto de influenciar as relações privadas? O instituto das obrigações deve, nesse contexto, atender à “função social”? Ou estariam as obrigações imunes às influências deste princípio constitucional? Para responder a estas perguntas, será utilizado o método do pragmatismo segundo a proposta de John Dewey, a fim de contextualizar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito o instituto das obrigações, verificando se o novo perfil do direito civil resultou também numa perspectiva civil-constitucional para o instituto das obrigações.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Função social. Obrigações.

ABSTRACT: This article aims to investigate the legal institution of the obligations must meet the social function, questioning that will be developed through bibliographic research to be carried out under the theoretical framework of a constitution phenomenon that is drawing a new profile for the civil law, as result of the strong influence of constitutional principles, among them the human dignity and social justice. In the context of a democratic state of law, the commitment to the realization of fundamental rights, would reach the point of influence private relationships? The Institute of obligations must, in this context, addressing the “social function”? Or were the obligations immune to the influences of this constitutional principle? To answer these questions, we will use the pragmatism of the method as proposed by John Dewey in order to contextualize under the paradigm of a democratic state of law institute of the bonds, making sure that the new profile of civil law also resulted in a civil-perspective to institute constitutional obligations.

Keywords: Constitutional Principles. Social function. Obligation.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). Professora de Direito Público da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais e Sustentabilidade Agropecuária na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS). Advogada. E-mail: giselle_marques@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O conceito de “Estado Democrático de Direito” está ligado aos ideários do liberalismo e à necessidade de controle do uso arbitrário do poder por parte do Estado. José Afonso da Silva (1988, p. 15) afirma que a democracia, como realização de valores de convivência humana (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa), é um conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado, revelando um conceito novo que supera a ambos, ao agregar um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

A proposta deste artigo é contextualizar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, as transformações que o direito civil vem sofrendo em decorrência da superação do distanciamento constitucional que vem sendo experimentado pelos diversos ramos do direito desde o final do século XX, e neste quadro investigar se o instituto das obrigações está adstrito à observância da função social. Barroso (2010, p. 368) assevera que no início do constitucionalismo moderno, na Europa, havia dois mundos apartados: a Constituição era vista como uma Carta *Política* destinada a regular a relação entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia a relação entre particulares. A barreira aparentemente intransponível entre o documento político e o jurídico ruiu com o advento do Estado Social; segundo Barroso, “com 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*”.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa bibliográfica será o pragmatismo presente no pensamento de John Dewey², procurando contextualizar as transformações sofridas pelo instituto das obrigações no cenário mais amplo do chamado direito civil-constitucional, fenômeno que implica em um novo perfil do Direito Civil, redesenhado sob a influência dos princípios constitucionais, dentre eles a solidariedade, a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

2. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.

Para Orlando Gomes (1997, p.3), a função primordial das relações obrigacionais é ajudar a desenvolver o fenômeno da colaboração econômica entre os homens. Pereira (1996, p.6) afirma que nos primórdios da humanidade não havia um Direito Obrigacional, as relações humanas eram marcadas pela desconfiança, e, por isso mesmo, é que as pessoas passaram a se organizar em grupos, buscando maior segurança: “o surgimento da idéia de obrigação deve ter ocorrido com caráter coletivo, quando todo um grupo empreendia negociações e estabelecia um comércio com outro grupo”. Somente com a evolução da espécie humana, é que a obrigação viria a assumir um caráter individual.

Por outro lado, Azevedo (2001, p.25) defende que o Direito das Obrigações “é universal, quase imutável, pois as situações dele decorrentes são, praticamente, as mesmas em todo o mundo”. Em outras palavras, haveria em matéria de obrigações uma certa estabilidade no tempo e uniformidade no espaço, conforme apontou Hironaka (2003, p. 22). Há, no entanto, autores que consideram as obrigações como categoria a-histórica, conforme a lição de Gama (2008, p.2):

O Direito das Obrigações, como segmento do Direito Civil, é apontado como dotado de certa estabilidade e perenidade no curso da história da civilização, eis que supostamente perpetua os princípios e as regras oriundos da Roma Antiga, garantindo a origem comum do sistema jurídico da civil law. Desse modo, cogita-se de uma possível consideração da obrigação como categoria a-histórica, o que será posteriormente objeto de análise crítica no contexto do período atual.³

O direito romano tem influência marcante em matéria obrigacional, presente até mesmo na origem do vocábulo obrigação, que deriva do latim *obligatio*, significando, segundo Rolim (2000, p. 221) “ligar, unir, obrigar-se a um compromisso”. Em Roma, no entanto, ao contrário do que ocorre na atualidade, a obrigação jurídica produzia um vínculo estritamente pessoal entre determinadas pessoas, sem qualquer sujeição do patrimônio do devedor, que respondia pela obrigação com o seu próprio corpo, e podia ser reduzido à condição de escravo, temporária ou definitivamente; como aponta Azevedo (2001, p. 29) o credor tinha direito até mesmo ao cadáver do devedor. Na Bíblia (1966, p.28) cristã encontram-se inúmeras passagens que registram a legalidade da redução do devedor à condição de escravo para o pagamento de dívidas, conforme se extrai do livro de Gênesis:

Então temeram aqueles homens, porquanto foram levados à casa de José, e diziam: Por causa do dinheiro que dantes voltou nos nossos sacos, fomos trazidos aqui, para nos incriminar e cair sobre nós, para que nos tome por servos, e a nossos jumentos. (GÊNESIS, 43:18).

2 Dewey destacou a estreita conexão entre as ideias filosóficas e a vida social, o contextualismo. A concepção da verdade seria fruto de um processo contínuo de descobertas, em que as ideias figuram como hipóteses a serem confirmadas pela experiência prática, através da verificação antecipada de suas possíveis consequências, o consequencialismo (DEWEY, 1998, p.42). Um dos maiores problemas do pensamento filosófico, segundo Dewey consiste em negligenciar o conceito de contexto. E, se o contexto é algo sempre tão patente que não chega a ser notado, não significa, contudo, que ele possa ser negado. Por isso, dois temas devem ser considerados no conjunto do ambiente que a filosofia deve levar em consideração: o “pano de fundo” (background) e os interesses seletivos. (PROGREBINSCHI, 2005, p.58).

3 Com efeito, mais à frente nesta obra, Gama vai desenvolver a ideia de que os novos paradigmas do direito civil, inspirados nos princípios constitucionais, acabam por atingir de forma significativa a matéria das obrigações.

Nesta passagem bíblica, a obrigação está ligada à ideia de delito, muito presente naquela época. O delito e o quase-delito, são apontados por Rizzardo (1999, p.11) como fontes das obrigações, ao lado do contrato, do quase-contrato e da lei. Uma das mudanças mais significativas em matéria de direito obrigacional, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, foi justamente a desvinculação do corpo da pessoa do devedor ao cumprimento da obrigação, que passa a ter como único foco o patrimônio conforme será tratado na próxima seção.

3. OBRIGAÇÕES NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

No contexto do Estado Democrático de Direito é o patrimônio do devedor quem responde pela obrigação, não mais havendo que se falar na redução da pessoa humana à condição análoga a de escravo, por qualquer motivo, muito menos pelo descumprimento de obrigações civis. Nem mesmo a prisão por dívida é admitida, a não ser na hipótese de inadimplemento da obrigação alimentar, mudança extremamente influenciada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

E nem poderia ser diferente, já que em um Estado, para ser considerado Democrático de Direito, conforme a lição de Bulos (2008, p.136) é imprescindível, primeiramente, que todo poder emane do povo, bem como, que a proteção e garantia dos direitos fundamentais traduza-se em questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos. Na mesma direção, Silva (1994, p.29) destaca o sistema de direitos fundamentais como um dos princípios do Estado Democrático de Direito, ao lado de outros, como a igualdade, a divisão dos poderes, a legalidade e a segurança jurídica.

Hodiernamente, conforme assevera Diniz (2002, p.5), o vínculo obrigacional é de natureza transitória e patrimonial, e se forma entre sujeitos determinados, sendo que um destes sujeitos deverá satisfazer uma prestação, positiva ou negativa, em proveito do outro sujeito que cumpriu o seu dever. Outra diferença entre o direito romano antigo e o momento atual, é que, por se tratar de uma questão de caráter eminentemente pessoal, não se admitia a transferência de obrigações de qualquer espécie, nem mesmo a cessão da obrigação a terceiros, fosse a título oneroso ou gratuito, o que hoje é corrente em matéria negocial.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

O direito civil tem servido, historicamente, como um instrumento de dominação ideológica. Nesse sentido, a lição de Gama (2008, p.5), ao buscar um conceito para o instituto das obrigações:

A exemplo de noções conceituais de contrato, de responsabilidade civil e de propriedade, foi e ainda é utilizado com uma função ideológica, ou seja, de parcial ocultamento ou disfarce da realidade de modo a permitir operar a tutela de determinados interesses.

Este ponto merece destaque por representar uma ruptura com a visão tradicional do direito, que vem se perpetuando durante séculos, no sentido de que o direito seria neutro. Segundo Marx (apud CHAUÍ 2000, p. 212), o Direito sempre expressou uma ideologia, razão pela qual merece ser interpretado sob uma perspectiva crítica: o que se chama "normatividade" do direito não passa de um reflexo das condições de vida material da sociedade, uma forma que recobre o conflito que existe em toda sociedade de classes, entre o modo de produção e as forças de produção. A luta de classes seria, portanto, o verdadeiro motor que impulsiona a formação do direito. O direito não seria uma categoria ideal, objetiva, normativa ou metafísica, nem mesmo autônoma, o fenômeno jurídico não encontraria explicação em si mesmo. O direito só poderia ser compreendido através da análise da realidade econômico-social de uma coletividade em determinada época da história, na medida em que o direito "é a vontade, feita lei, da classe dominante, através de seus próprios postulados" (STOYANOVITCH, 1974). Sobre as forças produtivas ergue-se o arcabouço jurídico como uma superestrutura, conforme a lição de Marx (apud CHAUÍ 2000, p. 214-219):

O conjunto das relações de produção que corresponde ao grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de reprodução de vida material determina o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina sua consciência.

Essa superestrutura jurídica vem sofrendo transformações, a partir do advento do Estado Social, e começa a refletir até mesmo em institutos de direito privado, como é o caso da relação obrigacional, cuja análise requer a verificação da situação jurídica que gerou o vínculo entre as partes, a fim de aferir sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito e sua carga axiológica, que compreende o respeito à dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais que constituem como que um cenário, sem o qual o teatro das relações jurídicas obrigacionais não se desenvolve dentro de parâmetros ética e juridicamente aceitáveis.

Este conteúdo ético que deve permear as relações obrigacionais vem somar-se a outros já existentes, inerentes à ideia da obrigação, como a liberdade, que, segundo Larenz (1958, p.5) ocorre quando as partes de colocam, por sua livre e espontânea vontade, de acordo sobre determinadas prestações e obrigações, de modo que nenhuma delas dependerá do arbítrio da outra, e cada qual estará em condições de velar assim pelo seu próprio interesse. Mas isto, segundo Larenz, só é possível nas relações obrigacionais firmadas entre partes

juridicamente equiparadas e, justamente por isso, é que o ordenamento jurídico considera como vinculantes as relações obrigacionais que tenham sido livremente estabelecidas. Esta liberdade implica em que nenhuma das partes seja constrangida a concluir um contrato, a não ser em casos excepcionais, onde o dever de contratar se impõe, e sua recusa consistirá na violação de um dever moral. Exemplificando tal hipótese, Larenz (1958, p. 6) cita o dever do médico em prestar assistência até mesmo e relação a alguém que não lhe é simpático:

Así acontece, p. ej. cuando el unico medico que puede ser avisado rechaza el visitar a una persona gravemente enferma por no serle ésta simpática. No contradice el principio de la liberdade contractual la existência de um deber moral de contratar y de um deber jurídico que de él deriva (obligación de concluir el contrato), porque no puede haber libertad sin la vinculación moral correspondiente.

Com efeito, há situações em que o dever de contratar, ou, em outras palavras, o dever de obrigar-se, não pode ser afastado nem mesmo pela vontade da parte que, embora não desejando constituir um vínculo obrigacional, dele não se pode desvencilhar por uma questão moral, já que o interesse da sociedade, o interesse social, se sobrepõe ao interesse privado. Aí presente fortemente a ideia da função social da obrigação .

Mas estas considerações não afastam a carga de obrigatoriedade das relações privadas. Apenas demonstram que novos parâmetros passaram a influenciar a ideia da obrigação, conforme destacou Gama (2008, p. 5):

Desse modo, a primeira característica da obrigação é a formação de um vínculo jurídico entre, pelo menos, duas pessoas, formando os dois pólos da relação obrigacional. Tal vínculo deve ser encarado sob o prisma de um vínculo de colaboração, e não mais de subordinação, como já aconteceu no passado.

Com efeito, colaboração e solidariedade são valores que se coadunam com a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que irradia por todo o sistema jurídico, influenciando até mesmo o direito civil e seus institutos. Tais princípios vêm acrescer à liberdade contratual, e à autonomia da vontade, que, segundo Silva (1976, p.38), assim como a facultas, trata da possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus interesses e conflitos, e conflitos de interesses, com o fim de viverem em sociedade. Silva traz à luz a Teoria do Direito , segundo a qual a vontade é considerada elemento natural para explicar as figuras jurídicas. A função do ordenamento jurídico é negativa e limitadora, competindo às partes constituir e determinar o conteúdo do negócio jurídico. Mas esta autonomia da vontade enfrenta restrições, dentre as quais:

Restrição à autonomia da vontade no momento da conclusão do negócio jurídico: a liberdade para concluir o negócio jurídico é a faculdade que cada um possui para decidir se quer e com quem quer realizá-lo. Essa liberdade pode ser restringida de forma cogente como no caso dos contratos ditados (sujeito às regras de direitos público, por se tratar de ato administrativo).

Restrição à autonomia da vontade para o regramento das cláusulas contratuais: leis limitadoras regulamentam o poder de ditar tais cláusulas, devendo sempre ser preservadas as garantias e direitos individuais previstos na Constituição. É o caso dos contratos de adesão, nos quais uma das partes estabelece as condições do contrato e a outra a elas se submete, espécie de contrato cada vez mais freqüente na economia de mercado.

A proposta de Silva tem como foco central o princípio da boa-fé, que possui tríplice função: função interpretativa do contrato (função hermenêutica integradora), função restritiva do direito de abuso de direitos contratuais e função criadora de deveres anexos (são deveres que formam o núcleo da cláusula geral de boa-fé, e se impõe ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato). Respeitadas as especificidades de cada instituto, estas mesmas noções poderão ser aplicadas ao princípio da função social, que será abordado na próxima seção.

5. A FUNÇÃO SOCIAL

Embora já mencionada em constituições anteriores, a partir da Constituição de 1988 é que a função social emergiu como princípio fundamental, adquirindo carga de efetividade a ponto de influenciar as relações civis, dentro de um contexto de publicização do direito civil que, historicamente, tem se apresentado como “o mais difícil a ser controlado nas malhas do poder” (GROSSI, 2004, p. 129) e, como tal, tem servido à proteção de determinados interesses. Grossi chegou a apontar o Código como um dos mitos jurídicos da modernidade, um verdadeiro “catecismo” da grande antítese jusnaturalista, “a mais grave e pesada antítese da história do direito moderno”:

Se o Código fala a alguém, esse alguém é a burguesia que fez a revolução e que finalmente realizou a sua plurissecurar aspiração à propriedade livre da terra e à sua livre circulação. (...)

O Código fala ao coração dos proprietários é, sobretudo, a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo ‘ter’ e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande comédie balzaquiana) (GROSSI, 2004, p. 129).

Apesar desse engessamento típico do direito civil, atrelado a interesses patrimoniais, mudanças significativas merecem ser assinaladas sob uma perspectiva histórica para a compreensão do princípio da função social e de sua influência sobre todo o sistema jurídico, penetrando até mesmo nos os institutos do direito privado.

Logo após a Revolução Francesa surgiram dois importantes movimentos que pareciam inconciliáveis entre si: o das codificações, contribuindo para a primazia do interesse privado sobre o interesse público, e que representava, naquele momento, uma vitória da burguesia, em sua tentativa de empoderamento e de aquisição da propriedade privada, até então reservada à nobreza; e o da constitucionalização, inspirado pelos movimentos socialistas e anarquistas da Europa industrializada, em meados do século XIX.

Naquele momento histórico Estado e direito civil eram institutos jurídicos situados em pólos opostos: o Estado, no âmbito do direito público; e o direito civil no do direito privado. Bobbio (1995, p. 13) destaca que, através do uso constante e contínuo das expressões direito público e privado, esta acabou por se transformar em uma das “grandes dicotomias”, distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas. A esfera privada adquiriu grande relevância em relação à esfera pública, e o Estado foi reduzido ao mínimo.

Mas a reação a essa concepção liberal veio com grande força na segunda metade do século XX, trilhando o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, cuja intervenção na regulação da economia e dos comportamentos individuais passou a ser reclamada, na esteira dos ventos que sopravam do leste europeu disseminando o pensamento marxista, e, ainda, sob a influência das ideias do *Welfare State*.

A liberdade de contratar e o direito de propriedade passaram a ser limitados por princípios considerados de ordem pública emergindo o fenômeno da publicização do direito privado, e, neste movimento, a relativização de institutos jurídicos que, até então, constituíam-se em verdadeiros sustentáculos do sistema capitalista. A esfera do direito privado viu-se como que “invadida” por princípios de ordem pública, e, nesse contexto, ocorreu uma crise sem precedentes para o direito civil. Savatier (1959, p.286) chegou a enxergar neste processo uma *prolétarization* do direito privado, uma associação interessante entre ideias essencialmente liberais com outras socializantes. O Estado adquiriu especial relevância, passando a ter o dever de prestar obrigações específicas aos cidadãos, especialmente no que se refere à saúde e à educação, conforme assinalou Lopez (1996, p.409-466).

Mais recentemente, no âmbito do direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988, os princípios adquiriram uma carga valorativa sem precedentes, que acrescentaram ao direito civil a perspectiva da função social, sem a qual os institutos do direito privado não mais podem subsistir, conforme a lição de Duguit (1975, p.240), para quem “o indivíduo precisa cumprir um papel na sociedade em que vive, sem o qual a proteção dessa sociedade a este indivíduo não se justifica”.

Embora já houvesse menção expressa à função social nas cartas anteriores, só a partir de 1988 é que este princípio passou a influenciar decisivamente as relações privadas, vindo a ser expressamente mencionado no Código Civil de 2002. A expressa menção à função social no Código Civil em vigor evidencia que a dicotomia entre o direito público e o privado, que vigorou durante séculos, vem sendo relativizada, conforme já apontava Trabucchi (1973, p. 9)⁴. Alguns doutrinadores, como é o caso de Perlingieri (1999, p. 26)⁵, chegaram até mesmo a sugerir a unificação dos dois ramos do direito, tendo como sustentáculo a Constituição, influenciando de forma direta as relações privadas. Outros pensadores, dentre os quais Raizer (1979, p. 27)⁶, propõem a visão do fenômeno jurídico a partir de dois focos centrais de força normativa, distintos, mas não estanques entre si, associando o fenômeno à imagem de uma elipse. A esse respeito, Barroso (2010, p. 60) assevera:

O debate jurídico e filosófico da atualidade deslocou-se da diferenciação formal entre direito público e direito privado para uma discussão mais ampla, complexa e sutil acerca das esferas *pública e privada* na vida dos povos e das instituições. A percepção da existência de um espaço privado e de um espaço público na vida do homem remonta à Antiguidade, no mínimo ao advento da *polis* grega. Aristóteles já afirmava a diferença de natureza entre a cidade, esfera pública, e a família, esfera privada. A demarcação desses dois domínios tem variado desde então, no tempo e no espaço, com momentos de quase desaparecimento do espaço público e outros que em sua expansão opressiva praticamente suprimiu valores tradicionais da vida privada. As constituições modernas influenciam e sofrem a influência dessa dicotomia, que guarda, no entanto, algumas dimensões metajurídicas, isto é, fora do alcance do Direito. O tema merece uma reflexão interdisciplinar.

A Constituição brasileira foi extremamente influenciada por esse movimento de supremacia da esfera pública sobre a privada⁷, e regu-

4 Embora não tenha apresentado uma proposta para a superação da dicotomia público/privado, Trabucchi (1973, p.9) aponta para a necessidade de uma relativização deste embate entre ambos, uma vez que a distinção não viria em uma linha reta e constante, e estaria sujeita a mudanças no tempo e no espaço, segundo as tendências sociais e políticas.

5 Perlingieri (1999, p. 26) destaca a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, consagrados na Constituição, e que devem refletir no âmbito das relações privadas.

6 Raizer (1979, p. 27) propõe a imagem de uma única elipse, com dois pólos de irradiação distintos, o público e o privado, um em cada extremidade.

7 Este momento parece representar uma “volta ao passado”, às origens da noção de cidadania e de espaço público da Roma antiga, na qual os cidadãos exerciam a atividade política de forma direta, exercendo o uso do discurso nos espaços públicos de poder. Mas, é preciso considerar que a partir da era considerada “moderna” o espaço público modifica-se substancialmente, pois com o crescimento populacional, não mais é possível a atuação direta dos cidadãos, tornando-se imperiosa a eleição de representantes que se apropriam destes espaços. Com isto, as pessoas vão se afastando cada vez mais do espaço público, instalando-se um individualismo sem precedentes na história, e que é um traço marcante da sociedade atual, denominada por muitos de pós-moderna.

lou assuntos anteriormente adstritos à esfera individual, como é o caso da família, da criança e do adolescente, e da propriedade privada. Não bastasse isso, os princípios constitucionais passaram a “condicionar a própria leitura e interpretação dos institutos de direito privado” (BARROSO, 2010, p. 60), ensejando à conclusão de que a função social deve ser atendida por todos e por cada um, inclusive no que diz respeito aos aspectos obrigacionais das relações humanas. À guisa de conclusão: para que a pessoa humana possa viver a sua dignidade, faz-se necessário que as relações obrigacionais atendam ao princípio da função social.

Nesse sentido, a lição de Larenz (1958, p.26) e Silva (1976, p.72), que romperam com a visão tradicional das relações obrigacionais como algo estático, preso a formalismos exacerbados, e envolvendo exclusivamente as partes. Larenz e Silva defendem que as relações privadas incluem aspectos que vão muito além do princípio da *pacta sunt servanda*, envolvendo valores morais e éticos da sociedade.

5.1. A Função Social enquanto mandamento constitucional.

A função social do direito civil emergiu em um contexto político e social no qual as relações privadas vêm sendo extremamente afetadas pelos princípios constitucionais. A função social, além de ser expressamente mencionada na Constituição Federal e no Código Civil, constituiu-se em verdadeiro princípio fundamental, subjacente ao conteúdo da carta e do direito civil, incidindo atualmente de forma decisiva nas relações privadas.

Com efeito, no capítulo 1, que trata dos “princípios gerais da atividade econômica”, a Constituição brasileira destacou que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo ser observados princípios, dentre os quais, o da função social da propriedade (inciso III). Ao prever de forma expressa a função social da propriedade, a Constituição dá abertura para a interpretação extensiva da função social aos demais institutos de direito civil, dentre eles as relações obrigacionais. Conciliar estes princípios, no entanto, não é tarefa fácil, ainda mais quando se fala em justiça social. O que seria esta “justiça social”? Canotilho (1999, p. 241) ensina que:

Estado de justiça social é aquele em que se observam e protegem os direitos, incluindo os direitos das minorias, onde haja equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade e que exista igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (grifos nossos).

Essa igualdade na distribuição de bens, bem como igualdade de oportunidades, reclama uma carga de materialidade aos princípios explícitos e implícitos na Constituição. Estado e sociedade devem agir na direção do bem comum, numa postura proativa na direção da efetivação dos princípios considerados fundamentais. Trata-se, aqui, de resgatar a etimologia da palavra “princípio”, derivativa do latim *pricipium*, que significa início, começo, origem, no sentido que, segundo Picazo (1983, p. 1.267-1268) está presente na linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, atuando como fundamento último do ordenamento jurídico.

Mas este sentido não é compartilhado de maneira uníssona pela doutrina. Ao contrário, há aqueles que enxergam no princípio mera inspiração do sistema jurídico, desprovido de força normativa⁸. Este assunto tem sido alvo de aguerrido debate, como assinalou Bobbio (1996, p. 159):

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli.

A obra de Crisafulli, citado por Bobbio nesta passagem, influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro, em especial o pensamento de José Afonso da Silva, que elaborou uma teoria da norma visando à didática classificação dos dispositivos constitucionais, que acabou por ser abraçada pelos tribunais. José Afonso da Silva sempre propugnou a efetivação da Constituição, mas, por um paradoxo, sua teoria acabou por gerar efeito contrário, como asseverou Souza Neto (2003, p. 25):

As expressões ‘norma programática’, ‘norma de eficácia limitada’, ‘princípio programático’, acabaram por se constituir em verdadeiros índices de não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, bastou se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador uma tarefa que, muitas vezes, era mesmo do Judiciário.

Muitos são os exemplos nos quais o preceito constitucional deixou de alcançar aplicabilidade nos tribunais⁹, o que contribuiu para uma concepção segundo a qual os Códigos, como depositários de normas autoaplicáveis, alcançaram maior efetividade que o texto cons-

8 É o caso de Arnaldo Vasconcelos (1993, p. 210), para quem: “Os princípios gerais de Direito, nada obstante sua força vinculante, não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal do termo”, eis que “[...] apesar de terem positividade, não constituem normas jurídicas.

9 É o caso do direito à greve dos servidores públicos, que embora fosse previsto na Constituição, era negado aos servidores pela falta de lei ordinária que previsse sua regulamentação.

titucional. Até o momento em que a legislação extravagante, os micro-sistemas legislativos e a injustiça das soluções desconectadas dos princípios (como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo), levaram a um declínio dos Códigos. Era a “revolta dos fatos contra os Códigos” anunciada por Gastón Morin (1937, p. 553).

Este debate acerca da hierarquia entre regras e dos princípios, propiciou um amadurecimento da reflexão sobre o direito, caminhando para o fortalecimento de uma teoria dos direitos fundamentais, conforme identificou Alexy:

O mais importante para a teoria dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios. Ela constitui a base da fundamentação jurídica e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão, e nem mesmo uma teoria satisfatória acerca do papel que assumem os direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 1993, p.75).¹⁰

A distinção entre regras e princípios, com efeito, constitui-se no marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, resultando numa pauta valorativa para o direito. Se, de um lado, a adoção dos Códigos como único instrumental a ser aplicado na solução dos conflitos, mostrou-se insuficiente, por outro, a preocupação com a força normativa que deve emergir da Constituição encontrou resistências, como destacou Barroso (1994, p. 30-60):

Em matéria de Direito Constitucional, é fundamental que se diga, ser positivista não significa reduzir o direito à norma, mas sim elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos que isto. Não é próprio das normas jurídicas - e, ipso facto, das normas constitucionais - sugerir, aconselhar, alvitrar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país habituado a maltratar suas instituições.

Nessa busca pela normatividade dos direitos fundamentais, é que a função social toma corpo, adquirindo *status* de princípio constitucional, carregado de força normativa, em consonância com outros princípios tendentes à efetivação de um novo projeto social, calcado na solidariedade e na justiça social.

5.2. A Função Social das Obrigações.

Conforme já apontado na seção anterior, com a Carta de 1988 a função social adquiriu status de princípio constitucional, irradiando por todo o sistema legislativo. Cabe agora responder à questão se a função social também atingiu o direito das obrigações. Gomes (2000, p. 3) assevera que é por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, sob formas definidas de atividade produtiva e de permuta de bens, traduzindo-se no conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das relações patrimoniais entre credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo), a quem incumbe o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

O Código Civil de 2002, atendendo ao espírito constitucional, afirmou expressamente que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato¹¹. Deste dispositivo, emerge cristalina a limitação ao princípio da autonomia da vontade, como resultado do processo de constitucionalização do direito civil, explicitado ao longo das seções anteriores deste artigo, e que tem levado a uma nova Teoria do Contrato, conforme Negreiros (2002, p.21). E não se está aqui aduzindo apenas a relação contratual na qual esteja presente a hipossuficiência de uma das partes, mas também aquela estabelecida entre partes juridicamente equiparadas, que estejam no mesmo patamar da relação negocial.

Embora parte da doutrina perceba a função social unicamente como um princípio integrador¹², um ideal metajurídico, cujo único resultado prático seria o de promover a igualdade entre as partes, a função social representa muito mais que isso, eis que sua inserção expressa no artigo 421 do Código Civil evidencia uma síntese do longo processo de publicização e de constitucionalização do direito civil. Assim, conforme asseverou Judith Martins-Costa (2003, p.20), a função social do contrato redimensiona o princípio da autonomia da vontade, constituindo-se em verdadeiro instrumento de cooperação, onde as partes devem estar comprometidas com a concreta efetivação das finalidades do negócio. O interesse privado das partes contratantes deve, necessariamente, estar plasmado no interesse geral de toda a sociedade, conforme arguiu Godoy (2004, p. 4):

Com efeito, cede lugar o dogma da vontade- até então fonte motriz do estabelecimento das relações contratuais, base do conceito absoluto, ou quase, da autonomia negocial- à admissão de que o contrato encerra também uma dimensão social, que vai além da esfera jurídica das partes contratantes e, mais, que resulta das fontes que, a rigor, não se circunscrevem ao quanto declarado no ajuste.

10 Tradução livre da autora. Texto original: Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

11 Diz o artigo 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

12 É o caso de Arruda Alvim (2003, p.30) e Luiz Guilherme Loureiro (2003, p.52) para quem do ponto de vista concreto, a função social teria pouca aplicabilidade, e seu único escopo seria o de corrigir a desigualdade gerada pela hipossuficiência de uma delas.

Com efeito, a função social implica que as partes têm deveres que antecedem a obrigação, e persistem até depois dela, e que devem estar pautados na probidade e na boa-fé, não se justificando a existência de um negócio que implique no enriquecimento sem causa, ou no favorecimento excessivo de uma das partes em relação a outra. O princípio da função social exige uma dose de razoabilidade no tocante ao objeto do contrato, não mais bastando, como outrora, que o instrumento do contrato tenha os requisitos formais para sua existência e validade. A eficácia do contrato só será alcançada na medida em que ele esteja pautado na solidariedade, e que o seu conteúdo não fira a comunidade na qual a relação contratual foi estabelecida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, voltado para a efetivação dos direitos fundamentais, os institutos do direito civil estão mudando o perfil, passando a ser influenciados pelos princípios constitucionais, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Nesse contexto, as relações obrigacionais vêm adquirindo novos contornos, passando a ser vistas como um processo através do qual se movimentam e se desenvolvem, em diferentes patamares e com diversos desdobramentos. Novos elementos passaram a integrar o seu conteúdo, não mais baseado apenas na livre manifestação da vontade das partes envolvidas, mas também permeado por valores e princípios éticos que antecedem a formação da relação obrigacional, e perduram mesmo após a sua conclusão ou encerramento.

Dentre estes elementos, a função social emerge não apenas como fator limitador das obrigações, mas também como suporte de interpretação e de integração das relações obrigacionais. A partir do referencial teórico que permeou as pesquisas que resultaram na elaboração deste artigo, é possível concluir que a função social passou a integrar o conceito das obrigações e, sem ela, a obrigação não se justifica e não pode nem mesmo existir. Esta conclusão sintetiza o longo processo de evolução das relações privadas, explicitado ao longo deste artigo, através do que institutos considerados perenes e imutáveis, no âmbito do direito civil, passaram a sofrer forte influência dos princípios de ordem pública, de modo que direito privado e direito público foram se interpenetrando, não podendo mais ser encarados como pólos distintos, completamente separados e estanques entre si.

Hodiernamente, as relações obrigacionais não mais subsistem senão quando e enquanto atendam à função social, que não apenas limita tais institutos; muito mais que isso, integra-os. Não se pode mais pensar em um direito civil calcado apenas na proteção do patrimônio e do indivíduo que o detém. Faz-se imperioso construir um novo cânone interpretativo para as relações privadas, estabelecendo-se uma conexão axiológica entre o Código Civil e a Constituição, desiderato para o qual contribuirá a função social das relações obrigacionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, no. 815. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações. 9.ed. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, no. 197, jul./set., 1994, p. 30-60.
- BIBLIA. A.T. Gênesis. In: *BIBLIA*. Português. Bíblia Sagrada contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.
- BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia público privado. In: *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: UNB, 1996.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed Coimbra, Livraria Almedina, 1999.
- COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo Código Civil*, vol V, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DEWEY, John. Context and Thought. In: *The essential Dewey*, volume I, Bloomington: Indiana University Press, 1998, p.42
- DINIZ, Maria Helena *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002) São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho (publico y privado)*. Tradução de Adolfo G. Posada e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Orlando. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GODOY, C.L.B. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris editor, 1991.
- HIRONAKA, G.M.F.N. Direito das Obrigações: caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4094>>. Acesso em: 13 jan. 2011.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LÓPEZ y LOPEZ, A. M. Estado social y sujeto privado: una reflexion finisecular. *Quaderni Fiorentini*, n.25, 1996.
- LOUREIRO, L. G. *Teoria Geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003.
- MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. *Apud* CHAUJ, Marilena. *Filosofia*. Ed. Ática, São Paulo:2000, p.214-219.
- MORIN, Gastón. Les Tendances actuelles de la théorie les contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XXVI, 1937.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2.ed. Nova edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1966. VII.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PICAZO, Luís Díez. Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. Castro. *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. 3º, outubro-dezembro/83.
- PROGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Ragugnetti. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979.
- RIZZARDO, Antonio. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROLIM, L. A. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Ed. Butshatsky, 1976, passim.
- SILVA, José Afonso da. *Curso Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº173, p.15-34, jul./set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 27 dez. 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- STOYANOVITCH, B. K. *La pensée marxiste et le droit*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1974.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni de diritto civile*. Pádova: Cedam, 1973.
- VASCONCELOS, A. *Teoria da Norma Jurídica*, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Recebido em: 29/12/2015

Aprovado em: 03/02/2016