



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

KARINA ALVES TEIXEIRA SANTOS

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MECANISMO
DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE:
INTERVENÇÃO DO ESTADO NO ÂMBITO PRIVADO**

Londrina
2013

KARINA ALVES TEIXEIRA SANTOS

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MECANISMO
DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE:
INTERVENÇÃO DO ESTADO NO ÂMBITO PRIVADO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre, em Direito Negocial, Área de Concentração de Direito Empresarial, pela Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Etinger de Araújo Júnior.

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S237f Santos, Karina Alves Teixeira.
A função social do contrato como mecanismo da tutela ao meio ambiente :
intervenção do Estado no âmbito privado / Karina Alves Teixeira Santos. –
Londrina, 2013.
204 f.

Orientador: Miguel Etinger de Araújo Júnior.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em
Direito Negocial, 2013.
Inclui bibliografia.

1. Direito ambiental – Teses. 2. Contrato – Aspecto socioambiental – Teses.
3. Meio ambiente – Tutela – Teses. 4. Hermenêutica (Direito) – Teses. I. Araújo
Júnior, Miguel Etinger de. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de
Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III.
Título.

CDU 345.47

KARINA ALVES TEIXEIRA SANTOS

**A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO MECANISMO DA
TUTELA AO MEIO AMBIENTE:
INTERVENÇÃO DO ESTADO NO ÂMBITO PRIVADO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre, em Direito Negocial, Área de Concentração de Direito Empresarial, pela Universidade Estadual de Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Miguel Etinger de Araújo
Júnior.
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dra. Rita Tarifa de Cássia Resquetti
Espolador.
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Zulmar Antônio Fachin.
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Londrina, 28 de junho de 2013.

Dedico este trabalho aos meus amores
Julio, Jujuba e Nhoque (Cokinho),
luzes de Deus em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que me deu a vida. Por vezes, senti-me só, e na ofensa, tropecei, e no tropeço, caí. Fraca procurei socorro, no socorro encontrei amigos. Nos amigos, encontrei ensinamentos e carinho. No carinho, vi nascer o amor. Com amor, vi um mundo novo, e no mundo novo resolvi viver. O que recebi, resolvi doar, e doando alguma coisa muito recebi, e em recebendo, senti-me feliz, ao ser feliz encontrei a paz, e tendo a paz foi que enxerguei que, dentro de mim, Tu estás. E sem procurar-Te foi que Te encontrei.

Aos meus pais Rita e Edilson, de vocês recebi o dom do universo – A VIDA. Só por isso seria infinitamente grata, mas vocês, principalmente você minha mãe, não se contentou em presentear-me apenas com ela. Revestiu a minha existência de amor, carinho e dedicação, cultivou na criança todos os valores que a transformaram numa adulta responsável e consciente. Abriu as portas do meu futuro, iluminando o meu caminho com a luz mais brilhante que pode encontrar. Trabalhou dobrado, sacrificou seus sonhos em favor dos meus, não é apenas mãe, mas a melhor amiga e companheira, mesmo nas horas que meus ideais pareciam distantes e inatingíveis. Tantas foram as vezes que o meu cansaço e minhas preocupações foram sentidos e compartilhados por você, numa união que me incentivou a prosseguir. Hoje quero dizer a vocês meus pais, aquilo que seus corações gostariam de ouvir do meu, eu só encontrei uma simples e sincera frase: MUITO OBRIGADA.

Ao meu marido e melhor amigo Julio, sei que muitas foram as vezes que seus olhos me buscaram e eu estive ausente, muitas vezes buscou o meu sorriso e eu sempre com pressa, mas também sei do fundo de minha alma que foi você que me incentivou a caminhar, foste o meu porto seguro nos dias de tempestade e escuridão, tantas foram as vezes que o desânimo e o cansaço quiseram me derrubar e lá estava você não permitindo que eu caísse com todo o seu amor e carinho, os quais me tornaram a mulher mais feliz deste mundo, o meu obrigado também é devido a ti meu amor, que com paciência e compreensão suportou a minha ausência e desatenção e tenho a certeza de que nada seria igual sem o seu amor, carinho e dedicação.

Aos meus filhotes de quatro patas Jujuba e Nhoque (Cokinho), luzes

de Deus em nossa casa, amor incondicional e companheirismo fiel, muito obrigada.

Minha gratidão também se estende ao meu professor orientador Miguel Etinger de Araújo Júnior, pelos ensinamentos, paciência e confiança a mim dedicados, muito obrigada.

Igualmente agradeço a professora Rita Tarifa e ao professor Zulmar Fachin pelas valiosas dicas e pela prontidão no auxílio deste estudo.

A todos os meus amigos e colegas de mestrado, principalmente aos amigos Edvania Fátima Fontes Godoy e Carlos Francisco Borge Ferreira Pires, pelo companheirismo e pelas risadas, sem vocês o mestrado não teria sido o mesmo.

A todos aqueles a quem estimo e a quem amo, dos quais tive o convívio às vezes furtado, como *mea culpa* e para que saibam que, quem mais perdeu, fui eu;

Ao meu anjo da guarda, e;

Enfim, à vida, porque, segundo a pureza da resposta das crianças, é bonita e é bonita.¹

¹ NASCIMENTO JUNIOR, Luiz Gonzaga do. Canção O que é, o que é? Disco *Caminhos do coração*, faixa 1, 1982. Disponível em: <http://www.gonzaguinha.com.br/disc12.html>. Acesso em 07 jun 2013, 10h25min.

Querido **JESUS**, “precisas ver o que temos feito com esta Terra, na qual teu Pai criou vida – e vida inteligente! Nossa ambição de lucro polui rios e mares, queima florestas, exaure o solo, resseca mananciais, extingue espécies marítimas, áreas terrestres, altera os ciclos das estações e envenena a atmosfera. Gaia se vingá, cancerizando-nos, reduzindo as defesas de nosso organismo, castigando-nos com a fúria de seus tornados, tufões, furacões, terremotos, com frio e calor intensos”.

Frei Beto, em Folha de São Paulo.
24.12.1998. cad. 1. p. 03.

SANTOS, Karina Alves Teixeira. **A Função Social do Contrato como mecanismo da tutela ao meio ambiente**: intervenção do Estado no âmbito privado. 204 f. Dissertação de mestrado— Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina, 2013.

RESUMO

A busca pelo bem estar individual acompanha o homem desde os primórdios da humanidade, o que ocorre às custas do meio ambiente, que foi compreendido durante muito tempo como um mero mecanismo de obtenção de lucro, desencadeando uma séria crise ambiental, surgindo as primeiras declarações internacionais em prol do meio ambiente, sendo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiental e Desenvolvimento da ONU, uma das mais importantes por ter disseminado a idéia do desenvolvimento sustentável. Dada a relevância da questão, a Constituição Federal de 1988 encampou o início da construção do Estado Ambiental, prevendo a participação bifurcada do Estado e da sociedade como detentores do dever de proteção, bem como promoveu a despatrimonialização do Direito Civil, como consequência da introdução da dignidade da pessoa humana como princípio axiológico básico do sistema, passando o contrato a ser um instrumento jurídico de concepção social, considerando, além da vontade das partes, também seus impactos sociais, se norteando pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. A função social do contrato advém de um posicionamento estatal intervencionista nas relações privadas, visando abandonar o escopo único de satisfação do interesse particular, servindo também como mecanismo de proteção aos interesses da coletividade, por referir-se a uma cláusula geral, permite sua adequação a cada caso concreto, ajustando-se à realidade e necessidades sociais, de forma que o intérprete e aplicador da norma outorgue a solução mais justa e equitativa. Da cláusula geral da função social do contrato deflui sua função socioambiental, que intui que a satisfação dos interesses dos contratantes atue em conformidade com os interesses ambientais da coletividade, assim, princípios constitucionais e ambientais devem servir como base para a composição do instituto contratual, podendo ser operacionalizada por mecanismos extrajudiciais e judiciais. Quando do descumprimento, embora suas consequências variem de acordo com cada caso concreto, verifica-se que as mais recorrentes são a lesão ao campo da validade do negócio jurídico em conjunto com a aplicação do dever de indenizar, sendo possível cogitar uma revisão judicial. Tratando-se a função socioambiental do contrato de cláusula aberta, deve o intérprete atentar-se a parâmetros hermenêuticos de forma a garantir a entrega da solução mais justa a cada caso; quando da existência de lacunas, deve se valer de interpretação integrativa, reconstruindo a idéia do pacto, presumindo a vontade das partes, supondo a aceitação destas quando da celebração caso não houvesse essa omissão. Havendo colidência da manifestação da vontade expressada com bens jurídicos de titularidade da sociedade, como o meio ambiente, se deve conservar ao máximo possível e quando possível, integralmente, a vontade dos contratantes sem descuidar da tutela ambiental, sugerindo parâmetros hermenêuticos para tanto. Não sendo possível e nem razoável a ponderação e compatibilização de interesses, deverá predominar a interpretação e aplicação da norma que privilegie o interesse social, ou seja, deve-se predominar nesta hipótese o *in dubio pro ambiente*.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Contratos. Função Socioambiental. Hermenêutica.

SANTOS, Karina Alves Teixeira. **The Social Contract function as an regard mechanism for the environment:** state intervention in the private sector. 204 p. Dissertação de mestrado– Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina, 2013.

ABSTRACT

The search for individual well-being accompanied man since the dawn of humanity, which comes at the expense of the environment, which has been understood for a long time as a mere mechanism for profit, triggering a serious environmental crisis, emerging the first international declarations in favor of the environment, and the World Commission on Environment and Development Half of the UN, one of the most important for having spread the idea of sustainable development. Given the importance of the issue, the Federal Constitution of 1988 took over the start of construction of the Environmental State, providing for the forked participation of the state and society as protective duty holders and promoted despatrimonialização of civil law as a result of the introduction of human dignity as a basic axiological principle of the system, through the contract to be a legal instrument of social design, whereas, in the will of the parties, also their social impact, is guiding the principles of objective good faith and the social function of contract. The contract social function comes from an interventionist state position in private relations, aiming to abandon the single scope of particular interest satisfaction, serving also as a protective mechanism the collective interests, by referring to a general clause, allows its adaptation to each case, adjusting to reality and social needs, so that the interpreter and applicator of the norm grants the fairest and most equitable solution. The general principle of the social function of the contract defluid its social and environmental function, which intuitively the satisfaction of the contracting interests to act in accordance with the environmental interests of the community as well, constitutional and environmental principles should serve as a basis for the composition of the contractual institute may be operated by extrajudicial and judicial engine that. When the breach, although its consequences vary according to each individual case, it appears that the most frequent are the injury to the field of validity of the transaction together with the application of the duty to indemnify, and you can entertain a judicial review. With regard to the environmental function of the open clause in the contract, the interpreter should pay attention to hermeneutical parameters to ensure the delivery of the fairest solution in each case; when the existence of gaps, should take advantage of integrative interpretation, reconstructing the idea of the covenant, assuming the will of the parties, assuming the acceptance of these when entering if there were no such omission. There colidência the manifestation of the will expressed through legal interests held by society, such as the environment, it shall retain the maximum possible and where possible, in part, the will of the parties without neglecting environmental protection, suggesting hermeneutical parameters for both. It is not possible nor reasonable weighting and compatibility of interests should dominate the interpretation and application of the rule that favors the social interest, or should prevail in this case the in dubio pro environment.

Keywords: Environment. Contracts. Environmental function. hermeneutics

SANTOS, Karina Alves Teixeira. **La función social del contrato como mecanismo de protección del medio ambiente:** la intervención del Estado en la esfera privada. 204 f. Dissertação de mestrado – Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina, 2013.

RESUMEN

La búsqueda del bienestar individual tiene acompañado al hombre desde los albores de la humanidad, que se ha producido a expensas del medio ambiente, lo que se ha entendido desde hace mucho tiempo como un mero mecanismo de ganancias, lo que provocó una grave crisis ambiental, emergiendo las primeras declaraciones internacionales a favor del medio ambiente, siendo la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del Medio Ambiente de las Naciones Unidas, una de las más importantes, difundido la idea de desarrollo sostenible. Dada la importancia del tema, la Constitución de 1988 se hizo cargo del inicio de la construcción del Estado del Medio Ambiente predecindo la participación bifurcada del Estado y la sociedad como titulares del deber de cuidado, así como promovió la despatrimonialização de Derecho Civil, como consecuencia de la introducción de dignidad de la persona humana como principio básico axiológico del sistema, pasando el contrato a ser un instrumento jurídico de la concepción social, teniendo en cuenta, además de la voluntad de las partes, también sus impactos sociales, siendo sus principios rectores, la buena fe objetiva y la función social de contrato. La función social del contrato proviene de una intervención del Estado en los asuntos privados, con el objetivo de abandonar el ámbito exclusivo de la satisfacción de interés particular, pasando a servir como un mecanismo de protección de los intereses de la comunidad, haciendo referencia a una cláusula general que permite su adaptación a cada caso, ajustándose a las necesidades de la realidad social, forma que el intérprete y ejecutor conceda una solución más justa y equitativa. La cláusula general del contrato social defluye su función ambiental, que intuye que los intereses de los contratistas debe actuar de acuerdo con los intereses ambientales de la comunidad, así, los principios ambientales y constitucionales deben servir como base para la composición del contrato, que puede ser operacionalizado por mecanismos extrajudiciales y judiciales. Cuando de su infracción, a pesar de sus consecuencias variar de acuerdo a cada caso, las lesiones más frecuentes son en el campo de validez de la transacción junto con la aplicación de la obligación de indemnizar, es posible contemplar también una revisión judicial. Siendo la función social ambiental cláusula contractual abierta, el intérprete debe rastrear parámetros hermenéuticos para asegurar la entrega de la solución más justa en cada caso. En presencia de lagunas, debe utilizarse la interpretación integradora, reconstruyendo la idea del pacto, suponiendo la voluntad de las partes, en el supuesto de aceptación de estos al entrar si no existiera tal omisión. Teniendo colidência la manifestación de la voluntad expresada con los bienes jurídicos de titularidad de la sociedad, tales como el medio ambiente, se debe ahorrar lo más posible y cuando sea posible, en su totalidad, la voluntad de los contratistas sin descuidar la protección del medio ambiente, sugiriendo parámetros de hermenéutica para estos casos. No siendo posible ni razonable la compatibilidad de intereses, deben dominar la interpretación y aplicación de la norma que privilegia el interés social, es decir, deben prevalecer en este caso el *in dubio pro medio ambiente*.

Palabras clave: Medio ambiente. Contratos. Función ambiental. Hermenéutica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|---|
| ABNT | Associação Brasileira de Normas Técnicas |
| Art. | Artigo |
| CF | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CNUMAD | Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento |
| DETRAN | Departamento de Trânsito |
| ISO | International Organization for Standardization |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| ONGs | Organizações não Governamentais |
| PNUMA | Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente |
| SEAP | Secretaria especializada em Aquicultura e Pesca |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TAC | Termo de Ajustamento de Conduta |
| UNCSD | United Nations Conference on Sustainable Development |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 | MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL | 17 |
| 2.1 | O DESPERTAR DO PENSAMENTO ECOLÓGICO COM A DESCOBERTA DA SOCIEDADE DE RISCO | 18 |
| 2.2 | AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES MUNDIAIS EM PROL DO MEIO AMBIENTE E A CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO – COMISSÃO BRUNDTLAND..... | 21 |
| 2.3 | A CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO – RIO/ECO 92 E A AGENDA 21 | 24 |
| 2.4 | MEIO AMBIENTE PÓS ECO/92 – RIO + 5, PROTOCOLO DE KYOTO E RIO + 10 | 28 |
| 2.5 | RIO + 20 | 30 |
| 2.6 | O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A SUSTENTABILIDADE..... | 32 |
| 2.7 | A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO MEIO AMBIENTE E AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CAMINHO DO ESTADO AMBIENTAL | 34 |
| 2.8 | CONCLUSÕES PARCIAIS..... | 44 |
| 3 | NOÇÕES GERAIS E A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL – DOS PRIMÓRDIOS À CONTEMPORANEIDADE | 45 |
| 3.1 | CONCEITO CLÁSSICO DE CONTRATO | 45 |
| 3.1.1 | O Destinatário do Conceito Clássico/liberal de Contrato e o Acordo de Interesses Opostos | 48 |
| 3.1.2 | Os Slogans da Revolução Francesa e seus Produtos Jurídicos no Direito Obrigacional | 50 |
| 3.1.3 | A Exigência de Segurança Jurídica – Intangibilidade dos Contratos Clássicos e o Pacta Sunt Servanda..... | 53 |
| 3.1.4 | O Princípio da Relatividade dos Efeitos..... | 57 |
| 3.1.5 | O Papel do Estado Junto ao Contrato Clássico..... | 58 |
| 3.2 | O CONTRATO CONTEMPORÂNEO – NOVA REALIDADE | 58 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 3.2.1 | O Destinatário Variável do Conceito Contemporâneo de Contrato | 63 |
| 3.2.2 | A segurança jurídica e a exigência de justiça contratual | 65 |
| 3.2.3 | O Contrato como Vínculo de Cooperação | 67 |
| 3.2.4 | As Versões Atuais dos Antigos Slogans: Igualdade Substancial e Autonomia Privada | 68 |
| 3.2.5 | A Revisão Judicial dos Contratos: A Possibilidade de Tangibilidade | 71 |
| 3.2.6 | A Boa-fé Objetiva em Matéria Contratual | 75 |
| 4 | FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO | 81 |
| 4.1 | A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 85 |
| 4.2 | A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL | 91 |
| 4.2.1 | Os Princípios Informadores do Código Civil e Norteadores da Função Social do Contrato | 91 |
| 4.2.2 | A Função Social do Contrato como Legitimador da Liberdade de Contratação – Art. 421 do Código Civil | 94 |
| 4.2.3 | Bipartição da Função Social do Contrato: A Função Social Interna e Externa | 99 |
| 4.2.3.1 | Função social do contrato, seu conteúdo genérico inter partes. A eficácia interna | 101 |
| 4.2.3.2 | Função social do contrato, seu conteúdo genérico ultra partes. A eficácia social. A eficácia externa | 103 |
| 4.2.3.2.1 | <i>A releitura/reinterpretação do princípio da relatividade à luz da função social do contrato.....</i> | <i>105</i> |
| 4.2.4 | O Contrato Ofensivo a Interesses Transindividuais. Extensão da Eficácia a Terceiros Não-determinados e a Bens Fundamentais da Coletividade..... | 109 |
| 5 | FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO: SEUS DIVERSOS ASPECTOS | 113 |
| 5.1 | A INCORPORAÇÃO DAS CLÁUSULAS SOCIOAMBIENTAIS NOS CONTRATOS | 120 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 5.2 | A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA CONTRATAÇÃO DA ATIVIDADE POLUIDORA | 123 |
| 5.3 | A OPERACIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO PELO PODER PÚBLICO E PELA SOCIEDADE – POLÍTICAS PÚBLICAS | 125 |
| 5.4 | A OPERACIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO POR INTERMÉDIO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO..... | 127 |
| 5.4.1 | Mecanismos Extrajudiciais | 131 |
| 5.4.1.1 | Inquérito civil..... | 131 |
| 5.4.1.2 | Termo de ajustamento de conduta - TAC..... | 134 |
| 5.4.2 | Mecanismos Judiciais..... | 139 |
| 5.4.2.1 | Ação civil pública | 139 |
| 5.4.2.2 | Mandado de segurança..... | 143 |
| 5.4.2.3 | Ação popular ambiental..... | 147 |
| 5.4.2.4 | Mandado de injunção ambiental..... | 150 |
| 5.5 | AS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO..... | 155 |
| 6 | A HERMENÊUTICA E A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO | 161 |
| 6.1 | HERMENÊUTICA: VISÃO GERAL E SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO COM A INTERPRETAÇÃO | 162 |
| 6.2 | HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL..... | 166 |
| 6.3 | A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRAÇÃO CONTRATUAL..... | 170 |
| 6.4 | A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL | 175 |
| 6.5 | A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL E DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO | 179 |
| | CONCLUSÃO | 183 |
| | REFERENCIAS..... | 186 |
| | ANEXO | 203 |
| ANEXO A - | Quadro que representa a denominada Coluna do Tempo Geológico..... | 204 |

1 INTRODUÇÃO

A procura pelo bem estar individual acompanha o homem desde os primórdios da humanidade, nesta busca o homem se utilizou desmoderadamente dos recursos naturais, elegendo o crescimento econômico como mecanismo para obtenção de lucro, conseqüentemente, o crescimento econômico irracional promoveu uma séria crise ambiental, refletindo negativamente na qualidade de vida dos seres humanos.

Diante desta situação, surgiram as primeiras declarações internacionais em prol do meio ambiente, uma das mais importantes foi a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, que lançou o Relatório Brundtland, disseminando a idéia do desenvolvimento sustentável. Após, vieram outras manifestações mundiais igualmente relevantes como: a Rio/ECO 92, o Protocolo de Kyoto, a Rio + 10 e a Rio + 20, entretanto, até o presente momento a comunidade internacional infelizmente não se comprometeu satisfatoriamente com a proteção ambiental, havendo necessidade de uma grande evolução.

No que se refere à tutela jurídica ao meio ambiente no Brasil, a Constituição Federal encampou a necessidade de cooperação da sociedade, iniciando a construção do Estado Ambiental, elegendo o meio ambiente no art. 225 como direito fundamental de terceira dimensão, prevendo a participação bifurcada entre Estado e comunidade. Ato contínuo, no art. 170, instituiu que a ordem econômica deve atuar obrigatoriamente, em conformidade com a proteção ambiental.

A Constituição Federal de 1988 igualmente promoveu a despatrimonialização do Direito Civil, consequência da introdução da dignidade da pessoa humana como princípio axiológico básico do sistema, passando o contrato a ser um instrumento jurídico de concepção social, considerando, além da vontade das partes, também seus impactos sociais, se norteando pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A função social do contrato advém de um posicionamento estatal intervencionista nas relações privadas, visando abandonar o escopo único de satisfação do interesse das partes, servindo também como mecanismo de proteção aos interesses da coletividade, tendo em vista a possibilidade de interferência negativa ou positiva em bens de titularidade de toda a sociedade. Assim, sendo esta

uma cláusula geral, permite a incorporação de valores a cada caso concreto, ajustando-se às necessidades sociais, de forma que o intérprete possa outorgar a solução mais justa e equitativa para cada caso.

Da cláusula geral da função social do contrato deflui a função socioambiental dos contratos, que intui que a satisfação dos interesses dos contratantes atue em conformidade com os interesses ambientais da coletividade, assim, princípios constitucionais e ambientais devem servir como base para a composição do instituto contratual.

Dada a relevância da questão, vêm-se inserindo cláusulas socioambientais nos pactos, visando prever eventuais riscos econômicos e jurídicos que possam afetar o meio ambiente, bem como contribuir para o desenvolvimento e a consolidação da função socioambiental do contrato. Na ausência destas cláusulas, há inúmeros mecanismos de operacionalização da função socioambiental, dentre os quais se podem citar: elaboração e aplicação de políticas públicas, inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular e o mandado de injunção.

Quando do descumprimento da função socioambiental do contrato, embora suas consequências variem de acordo com cada caso concreto, verifica-se que as mais recorrentes são a lesão ao campo da validade do negócio jurídico em conjunto com a aplicação do dever de indenizar, sendo possível cogitar uma revisão judicial.

Tratando-se a função socioambiental do contrato de cláusula aberta, deve o intérprete atentar-se a parâmetros hermenêuticos de forma a garantir a entrega da solução mais justa a cada caso. No caso de lacunas contratuais, o intérprete deve se valer da interpretação integrativa, reconstruindo a idéia do pacto, presumindo a vontade das partes, supondo sua aceitação quando da celebração, caso não houvesse essa omissão.

Contudo, acentuado problema surge quando da colidência da manifestação da vontade expressada através do contrato com bens jurídicos de titularidade de toda a sociedade, como o meio ambiente. Nestas hipóteses, deverá o intérprete conservar ao máximo possível e quando possível, integralmente, a vontade dos contratantes sem descuidar da tutela ambiental, sugerindo este estudo parâmetros hermenêuticos para tanto.

Por evidente que não sendo possível e nem razoável a ponderação e compatibilização de interesses, deverá predominar a interpretação e aplicação da norma que privilegie o interesse social, ou seja, deve-se predominar nesta hipótese o *in dubio pro ambiente*, como se exporá no presente estudo.

2 MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A busca pelo bem estar individual acompanha o homem desde os primórdios da humanidade, que sempre se utilizou de recursos naturais para suprir grande parte de suas necessidades, elegendo o crescimento econômico como instrumento apto a concretizar sua gananciosa aspiração de obtenção de lucros.

Contudo, a eclosão da Revolução Industrial no mundo durante o século XIX provocou consideráveis mudanças no sistema produtivo, o que desencadeou o aumento desenfreado da utilização de recursos naturais e do consumo, prejudicando tanto o meio ambiente como a qualidade de vida dos seres vivos.

Foi com base nesta problemática que surgiram as primeiras declarações internacionais em prol do meio ambiente, sustentando que o crescimento econômico deveria se amoldar à preservação ambiental, com vistas a resguardar, sobretudo, a vida humana sobre o planeta Terra.

Foi assim que em 1987 a Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU lançou o *Relatório Brundtland*, como um alerta contra a permanência dos modelos e padrões de produção e consumo, disseminando a idéia de desenvolvimento sustentável, que visa definir práticas de crescimento visando o atendimento das necessidades sociais, sem o comprometimento das condições de sustentabilidade das próximas gerações, afinal, não há crescimento econômico que justifique o comprometimento da qualidade de vida, sendo que todo crescimento baseado na destruição da vida será falso.

Dada a sua relevância para a humanidade, a questão ambiental é tema bastante corrente junto à sociedade contemporânea, sendo abordada cotidianamente por meios de comunicação, além de consistir em objeto de estudos universitários e sociais, afinal o crescimento econômico acelerado foi responsável, ainda que não de forma exclusiva, por uma séria crise ambiental, sendo indispensável a criação de meios aptos a garantirem sua preservação.

Sob outro enfoque, o meio ambiente também é uma preocupação industrial e econômica, afinal, inexistindo recursos naturais, inexistem formas de promover a produção de bens de consumo, obstando a circulação de riquezas e movimentando a economia.

É justamente dentro desta seara, que pretende-se analisar o meio

ambiente e a problemática do desenvolvimento sustentável.

2.1 O DESPERTAR DO PENSAMENTO ECOLÓGICO COM A DESCOBERTA DA SOCIEDADE DE RISCO

Há relatos de que os romanos, entre o período de 400 a 500 a.C, construíram aquedutos para abastecer Roma, em razão da água do Tibre, rio que abastecia o império, ter se tornado imprópria para o consumo doméstico, indicando que civilizações anteriores à romana já perpetravam práticas ecológicas desastrosas².

Posteriormente, o modelo de ocupação humana desenvolvido na Europa durante a Idade Moderna constituiu fator determinante no surgimento do processo de deteriorização natural, ocasião em que o desempenho irracional da agricultura, atingiu drástica e negativamente a manipulação da natureza, diminuindo consideravelmente as florestas, as terras não cultiváveis, bem como os espaços naturais localizados em região urbana.

A Revolução Industrial, iniciada nos fins do século XVII, que ganhou mais intensidade no início do século XVIII e nas últimas décadas do século XIX, agravou o processo de degradação ambiental, época marcada pela descoberta da eletricidade e pela substituição do carvão pelo petróleo³.

Nesta evolução histórica, as raízes da reflexão sobre o desenvolvimento sustentável avolumaram-se durante o término do século XIX, ocasião em que foram incorporadas ao pensamento científico, foi assim então que surgiram os primeiros termos técnicos ambientais, que devem ser considerados igualmente como elementos ideológicos a serem perseguidos.

Há registros de que o termo “ecologia” foi cunhado pela primeira vez no ano de 1866 pelo alemão Ernst Heinrich Haeckel, no livro *Morfologia geral dos seres vivos* e advém do termo grego *oikos*, que significa “casa” e da palavra grega *logos*, que corresponde a “estudo”, assim, portanto, a ecologia nada mais é do que o estudo do lugar onde se vive, com ênfase sobre a totalidade ou padrão de relações

² CARVALHO, Carlos Gomes de. Direito ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 5, n. 19, jul/set 2000, p. 202.

³ SPÍNOLA, Ana Luíza. Consumo sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, out/dez 2001, p. 210.

entre os organismos e o seu meio ambiente”⁴.

Visando delimitar a terminologia “ecologia”, que durante o século XX trouxe inúmeras imprecisões, Nelson Mello e Souza a conceituou:

Ecologia é a ciência que estuda as relações entre o sistema social, o produtivo e o de valores que lhe serve de legitimação, características da sociedade industrial de massas, bem como o elenco de consequências que este sistema gera para se manter, usando o estoque de recursos naturais finitos, dele se valendo para lograr seu objetivo econômico. O campo de ação da ecologia, como ciência, é o estudo das distorções geradas na natureza pela ação social deste sistema; seu objetivo maior é identificar as causas, no sentido de colaborar com as políticas e encaminhamento das soluções possíveis à nossa época⁵.

Outro termo relevante para o despertar do pensamento ecológico foi “ecossistema”, proposto em 1935 pelo ecólogo britânico A. G. Tansley, classificado no ano de 1987 por membros da Sociedade Britânica de Ecologia como o mais importante para a Ecologia, sendo conceituado por Edis Milaré como:

(...) qualquer unidade que inclua todos os organismos em uma determinada área, interagindo como o ambiente físico, de tal forma que um fluxo de energia leve a estrutura trófica definida a diversidade biológica ou a reciclagem de materiais (troca de materiais entre componentes vivos)⁶.

O despertar da sociedade para o pensamento ecológico não resultou somente da degradação ambiental existente desde os primórdios da humanidade, das descobertas científicas e das consequências do capitalismo industrial, sendo provocada especialmente pela escassez atual dos recursos naturais, que exigiu da sociedade um postura ambiental ativa.

Nos últimos tempos o homem vem se deparando talvez com o maior desafio lançado à humanidade, o de lidar com a dilapidação dos patrimônios naturais lentamente formados nos tempos geológicos⁷ e biológicos⁸, sendo portador da

⁴ ODUM, Eugene; BARRETT, Gary. **Ecologia**. Tradução de Ricardo Iglesias Rios. Rio de Janeiro: 1988. p. 1.

⁵ SOUZA, Nelson Mello e. **Educação ambiental: dilemas da prática contemporânea**. Rio de Janeiro, Thex, 2000, p. 86.

⁶ MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência e glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.074.

⁷ A partir de determinações geocronológicas se passou a classificar o tempo de acordo com períodos que marcam diferentes características da evolução biológica, de posicionamento relativo das placas

missão de restabelecer o equilíbrio ambiental, de maneira a pôr a salvo a existência dos seres vivos, e lhes proporcionar uma existência digna.

A problemática se acentuou nas últimas décadas alcançando proporções alarmantes, instaurando o caos ambiental e consolidando a sociedade de risco, também denominada modernidade reflexiva, já anunciada por Ulrich Beck, expondo uma coletividade que ameaça a si mesmo por intermédio de seus meios de produção e elevadíssimos índices de consumo.

Dentro desta teoria, o sociólogo alemão assevera que os riscos ambientais gerados pela coletividade comungam de um *efeito bumerangue*, haja vista que os riscos regressam aos locais de origem, comprometendo o meio ambiente e as bases econômicas da agricultura, responsáveis pelo provimento alimentar global, instaurando o perigo social que atinge as mais diversas camadas sociais, entretanto de maneira diferenciada, com forte tendência a prejudicar os menos favorecidos financeiramente, o que não isenta a camada mais abastada de experimentar seus efeitos⁹.

Estes efeitos inevitavelmente também afetam a economia, que ante a escassez de matéria prima, alteração das condições climáticas, dentre tantos outros fatores, passou a ter seu desenvolvimento comprometido.

Soma-se ainda a estes fatores o consumo desenfreado, emergido do capitalismo, impedindo a sociedade de se desenvolver economicamente de forma sustentável, haja vista que a população passou a sobreviver com a utilização de produtos e serviços que vão muito além da capacidade de produção do planeta¹⁰.

Assim, o meio ambiente em conjunto com seus ecossistemas passaram a não ter mais condições de se auto-regenerar adequadamente em razão

geológicas e de climas dominantes. Os tempos geológicos foram primordiais, bastante longos e com poucos registros que não permitem conclusões definitivas sobre as origens e as etapas de formação do planeta. MARTINS, L; MARQUES, L; BONITO, J. Da investigação à prática – uma abordagem ao tempo geológico com vista à promoção do desenvolvimento sustentável. In: NOGUEIRA, F; OLIVEIRA, A. L; BAPTISTA, A. V. Baptista; NOVA, D. C. Nova (Organizadores), **Desafios teóricos e metodológicos**. Aveiro: CIDTFF da Universidade de Aveiro. p. 33-38. A classificação aceita mundialmente, denominada “Coluna do Tempo Geológico” encontra apresentação junto ao Anexo 1.

⁸ Trata-se da idade do cosmos, confirmando que o fenômeno da vida marcou o planeta Terra, sendo que os ecossistemas vieram se formando e alterando lenta e continuamente garantindo a evolução da espécie. RATTNER, Henrique. Tecnologia e desenvolvimento sustentável: uma avaliação crítica. **Revista de Administração**. São Paulo, v. 26, n. 1, p. 5-11, janeiro-março/1991.

⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 44.

¹⁰ NOVAES, Washington. Vivemos muito além da capacidade do planeta. In: VALLONE, Myrian (jornalista responsável). **Criança e consumo entrevistados**. Sustentabilidade. São Paulo: Instituto Alana, ago 2011, p. 58.

do grande processo de degradação a que foi submetido pelo homem, fato que levou a sociedade a acordar de um pesadelo que até então parecia passar despercebido, despertando a consciência mundial para a importância da preservação ambiental e construção de um desenvolvimento sustentável.

2.2 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES MUNDIAIS EM PROL DO MEIO AMBIENTE E A CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO – COMISSÃO BRUNDTLAND

A partir da segunda metade do século XIX visualiza-se as primeiras manifestações internacionais significativas em prol da proteção ambiental, podendo-se destacar a criação de grupos protecionistaistas na Grã-Bretanha (década de 1860), a criação do Parque Nacional de Yellowstone, nos Estados Unidos (1872).

Entre o período assinalado e a primeira metade do século XX surgiram os primeiros acordos internacionais com o escopo de tutela da fauna: Acordo Internacional sobre a Proteção das Focas do Mar de Bering (1883); Convenção Internacional para a Proteção dos Pássaros Benéficos à Agricultura (1895); Congresso Internacional para a Proteção das Paisagens e Congresso Internacional para a Proteção da Natureza (1923).

Com a emergência das guerras mundiais a preocupação com a tutela ambiental saiu de cena, retornando aos átrios sociais fortemente apenas com o término da Segunda Guerra Mundial, acompanhada pelo espírito da globalização e da cooperação com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), entretanto, o desenvolvimento econômico ainda se sobrepuja a estas preocupações¹¹.

Entre os anos de 1960 a 1970 surgiram as primeiras organizações não-governamentais ligadas à questão ambiental e em 1971, um grupo de 12 (doze) pessoas, entre ambientalistas e jornalistas fundaram o Greenpeace, inaugurando a luta contra a poluição atmosférica desencadeada pelos testes nucleares realizados pelos Estados Unidos.

Em 1968, de um grupo informal de economistas, humanistas, educadores, cientistas e industriais surgiu o Clube de Roma, que contava com 75 (setenta e cinco) membros de 25 (vinte e cinco) países, com o escopo de análise a

¹¹ DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise**. Curitiba: Juruá, 2003. p 38.

complexos problemas que afligiam toda a população mundial, dentre estes a degradação ambiental e transtornos econômicos e monetários.

O Clube, também conhecido como o “colégio invisível”, concluiu posteriormente a detalhados estudos, que a população, a agricultura, a escassez de recursos naturais, a acelerada produção industrial e a poluição seriam os basilares fatores limitadores do crescimento, do que desencadearia a indispensabilidade da conscientização social acerca da esgotabilidade dos recursos naturais e a adoção de um posicionamento ativo com relação as políticas públicas a serem adotadas¹².

Mas um dos principais marcos da manifestação mundial em favor do meio ambiente foi realizado em 1972, em Estocolmo: a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que reuniu participantes de 113 (cento e treze) países, 19 (dezenove) órgãos intergovernamentais e 400 (quatrocentas) outras organizações intergovernamentais e não-governamentais, lançando bases programáticas para um inovador entendimento político-social e jurídico do meio ambiente e da co-responsabilidade mundial para sua proteção.

Da Conferência resultaram a elaboração de 03 (três) documentos principais a saber: a Declaração de Princípios de Estocolmo, o Plano de Ação para o Meio Ambiente e a instituição do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (*United Nations Environment Programme*).

A Declaração de Princípios de Estocolmo reconheceu a necessidade de proteção e melhoria do meio ambiente como um anseio mundial urgente e, portanto, a responsabilidade internacional dos Estados com relação à natureza, além de estabelecer 26 (vinte e seis) princípios de caráter político e não vinculantes¹³.

Já o Plano de Ação para o Meio Ambiente elaborado na Conferência estabeleceu 109 (cento e nove) recomendações visando a identificação e o desenvolvimento de políticas ambientais a serem implantadas na esfera internacional, englobando aspectos educacionais, informacionais, sociais e culturais das questões ambientais¹⁴.

E com o lema “*uma Terra só*”, a Conferência criou no âmbito da

¹² MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso**. A história do movimento ambientalista. Tradução: Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. p. 86.

¹³ LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Direito ambiental**. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-70.

¹⁴ *Ibidem*, p. 71.

ONU o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), órgão subsidiário da Assembléia Geral das Nações Unidas, sem personalidade jurídica, enfatizando a urgente necessidade de elaboração de novos instrumentos para a resolução de problemas em escala planetária.

Foi a partir da Conferência de Estocolmo que os países em desenvolvimento impulsionaram a compreensão de que a crise ambiental se emergia das nações industrializadas, onde o estilo de produção exigia grande quantidade de recursos e energia planetária, provocando considerável parcela da poluição e do impacto ambiental mundial¹⁵.

Com o aquecimento global e as ameaças à camada de ozônio na década de 1980, em 1983 a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, após uma avaliação dos 10 (dez) anos da Conferência de Estocolmo, indicou a então Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, para criar e presidir a Comissão Mundial sobre o Meio ambiente e Desenvolvimento, no escopo de promover audiências em todo o mundo e produzir um resultado formal das discussões.

Em 1987 foi divulgado o relatório final deste estudo, denominado como *Nosso Futuro Comum* ou *Relatório Brundtland*, que retomou as questões ambientais suscitadas na Conferência de Estocolmo e lançou a noção de desenvolvimento sustentável, indicando a necessidade de uma política de desenvolvimento que trouxesse compatibilidade entre o crescimento econômico das nações em desenvolvimento com o equilíbrio ambiental, de forma a satisfazer as necessidades das presentes e futuras gerações, ou seja, a solidariedade ambiental.

Neste relatório criou-se a primeira conceituação oficial na busca da compatibilização entre o crescimento econômico e o equilíbrio ambiental, enfatizando a necessidade de uma inovadora relação entre o ser humano e o meio ambiente: “desenvolvimento sustentável aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de gerações futuras atenderem também as suas”¹⁶.

Os principais objetivos lançados no Relatório Brundtland foram: a

¹⁵ PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=pt&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.undocuments.net%2Fwced-ocf.htm>. Acesso em 21 nov. 2012.

retomada do crescimento visando a erradicação da pobreza; o atendimento das necessidades humanas básicas como emprego, alimentação, energia e saneamento básico; conservação e melhoria dos recursos naturais; investimento em tecnologia para orientar e administrar os riscos ambientais; diminuição do consumo de energia; desenvolvimento de tecnologias para uso de fontes energéticas renováveis, inclusão da economia e do meio ambiente no processo decisório das políticas mundiais e a necessidade de estímulo à cooperação internacional visando reduzir o desequilíbrio entre as nações.

Foi a partir das conclusões chegadas neste Relatório que se verificou que o desenvolvimento econômico e o meio ambiente necessariamente estão atrelados e necessitam operar em harmonia. Por evidente que as necessidades humanas, econômicas e planetárias vão se alterando, o que exige uma constante evolução do conceito de desenvolvimento sustentável.

2.3 A CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO – RIO/ECO 92 E A AGENDA 21

Em junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), também nomenclaturada como *Cúpula da Terra*, onde representantes de 178 (cento e setenta e oito) países se reuniram neste evento oficial de caráter intergovernamental.

Simultaneamente a este evento ocorreu também o Fórum Global das ONGs, que reuniu cerca de 4.000 (quatro mil) entidades da sociedade civil de todo o mundo, que resultou em 36 (trinta e seis) documentos e planos de ações.

A estes dois planos de ações atribuiu-se a denominação de *ECO-92*, que funcionou como marco na forma de desenvolvimento da política internacional dos Estados¹⁷ no que tange ao meio ambiente¹⁸, representando um significativo

¹⁷ Nesta Conferência foram propostas medidas a serem adotadas pelos governos da época e vindouros, para evitar a “colisão” entre homem e natureza. Medidas que se constituíam em resolver problemas contemporâneos, não apenas ambientais, mas das mais variadas áreas, como: rarefação da camada de ozônio, poluição atmosférica, chuvas ácidas, estabilizar o crescimento demográfico. Ou seja, percebeu-se que a maioria das degradações ambientais resultam das atividades econômicas e das relações sociais, passando a problemática a ser encarada como um problema político e não apenas ecológico.

progresso na definição de um novo modelo de multilateralismo, de acordo com o qual os problemas globais devem ser discutidos, analisados e solucionados com a participação de todos os países.

Neste contexto, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁹, foi paradigmática ao chamar a atenção de todos para uma questão já suscitada a duas décadas em Estocolmo em 1972: a compreensão de que os problemas ambientais do planeta estão relacionados diretamente às condições econômicas e à justiça social, produzindo então diretrizes e orientações para a construção de um novo modelo econômico, saindo de cena a idéia de desenvolvimento desenfreado, dando lugar à idéia de desenvolvimento sustentável²⁰.

Os principais resultados da ECO-92 foram:

a) *A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*: com o escopo de estabilização da concentração dos gases do efeito estufa na atmosfera;

b) *A Convenção sobre a Diversidade Biológica*: com o intuito de compatibilização entre a tutela do patrimônio biológico e o desenvolvimento social e econômico;

c) *A Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*: que lançou 27 (vinte e sete) princípios com o objetivo de orientação na formulação de políticas públicas nacionais e internacionais que respeitassem os interesses gerais, o *desenvolvimento* global e a integridade ambiental²¹.

d) *A Declaração dos Princípios sobre o Uso das Florestas*: onde foi proclamado o princípio genérico de que as florestas são fundamentais para as comunidades locais e globais²², visando conter a divergência de interesses

¹⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo, Atlas, 2001, p. 85

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em 21 abril 2012.

²⁰ ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; SANTOS, Karina Alves Teixeira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico e o regime jurídico ambiental. **Revista eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 1, 1º. quadrimestre de 2012. p. 174. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 18/11/2012.

²¹ BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**. As estratégias de mudanças da Agenda 21. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 47.

²² UNITED NATIONS. **Report of the Nations Conference on Environment and development**. Principles/elements: 1. (a) States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their

econômicos entre países em desenvolvimento como o Brasil, Índia, Nigéria, Quênia e outros Estados liderados pela Malásia, que acabou por extirpar qualquer força jurídica deste princípio no âmbito do Direito Internacional.

e) *A Agenda 21*: conjunto de resoluções elaboradas visando conciliar o crescimento econômico e social com a preservação do meio ambiente, oportunidade em que cada Estado participante definiu as bases de preservação ambiental em seu território, oportunizando o desenvolvimento sustentável, que em razão de sua importância para o tema em debate, deve ser melhor pormenorizada.

A Agenda 21 refere-se a um documento de natureza programática, composto de 04 (quatro) seções (dimensões sociais e econômicas, conservação e gestão de recursos naturais para o desenvolvimento, fortalecimento do papel dos principais grupos sociais e meios de implementação), 40 (quarenta) capítulos, 115 (cento e quinze) programas e 2.000 (duas mil) ações a serem internalizados nos mais diversos países, visando solucionar os problemas ambientais, consistente, nos dizeres de Édis Milaré, em uma verdadeira “cartilha básica de desenvolvimento sustentável”²³.

O documento enfocou o componente da dimensão humana nas questões ambientais, que foi juntamente posta com a ideologia de necessidade de condições ambientais para as futuras gerações, reforçando a idéia de que o desenvolvimento e a preservação da natureza devem harmonizar-se, mesmo quando necessário a alteração dos padrões de crescimento, que até então eram solidificados exclusivamente em indicadores econômicos e que não consideravam a

own environmental policies and have the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction. (...) 2. (a) States have the sovereign and inalienable right to utilize, manage and develop their forests in accordance with their development needs and level of socio-economic development and on the basis of national policies consistent with sustainable development and legislation, including the conversion of such areas for other uses within the overall socio-economic development plan and based on rational land-use policies. Tradução livre da autora: PRINCÍPIOS/ELEMENTOS: 1. (a) Os Estados têm, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e têm a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional. (...) 2. (a) Os Estados têm o direito soberano e inalienável de utilizar, gerir e desenvolver suas florestas de acordo com suas necessidades de desenvolvimento e nível de desenvolvimento socioeconômico e na base das políticas nacionais compatíveis com o desenvolvimento sustentável e legislação, incluindo a conversão de tais áreas para outros usos dentro do plano geral de desenvolvimento sócio-econômico e com base racionais no uso da terra políticas. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-3annex3.htm>. Acesso em: 18 nov. 2012.

²³ MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 104.

tutela dos recursos naturais²⁴, que são finitos, e, portanto, devem ser utilizados racionalmente de forma a alcançar o desenvolvimento sustentável.

Embora a Agenda 21 consista em um documento global, prelecionou-se a necessidade de interação e participação das comunidades locais na busca pelo desenvolvimento sustentável, através de contornos ampliativos e expansivos, de forma que todos os países envolvidos viabilizassem a efetivação do progresso ambiental e econômico, incumbindo a cada Estado criar sua própria agenda diretiva, que deveria incorporar os princípios delineados no documento global entre suas políticas públicas.

Em 1997, o governo brasileiro, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, designou a Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável – CPDS, para elaborar e implementar a Agenda 21 Brasileira. Sua implantação teve início em 2003 e foi elevada a condição de Programa do Plano Plurianual do Governo, oficialmente incorporada à política de desenvolvimento nacional.

A Agenda 21 Brasileira, como bem salienta a Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável na parte introdutória do documento, em verdade, refere-se a um compromisso social para com o meio ambiente, sendo que sua prática pressupõe a tomada de consciência individual dos cidadãos sobre o papel ambiental, econômico, social e político que desempenham em sua comunidade, exigindo uma integração social em torno do projeto nacional de desenvolvimento sustentável²⁵.

Infelizmente, a Agenda 21 Brasileira não teve a guarida merecida, entretanto, do movimento muito se impregnou no âmbito social, havendo hodiernamente a consciência de que o desenvolvimento sustentável não se refere somente ao equilíbrio econômico-ecológico, mas a todos os elementos que compõem o ambiente e que possam afetar direta ou indiretamente o homem²⁶.

Ainda acerca deste famigerado desenvolvimento sustentável, em resumida epítome, André Trigueiro bem esclarece que “para ser chamado sustentável esse novo modelo de desenvolvimento deveria ser economicamente

²⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o Protocolo de Quioto. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan/mar 2005, p. 144.

²⁵ BRASIL. **Agenda 21 Brasileira**. Ações Prioritárias. Brasília: MMA/PNUD, 2002, p. 5.

²⁶ FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 50, abri/jun 2008, p. 128.

viável, socialmente justo e ecologicamente responsável”²⁷.

Fato é que o desenvolvimento sustentável se concentra e se direciona ao desenvolvimento social, econômico e ambiental para as presentes e futuras gerações, impondo a melhoria da qualidade da vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte do planeta.

2.4 MEIO AMBIENTE PÓS ECO/92, RIO + 5, PROTOCOLO DE KYOTO E RIO + 10

Passados 05 (cinco) anos da ECO-92, ocorreu a 19ª Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas, também conhecida como Rio + 5, na cidade de Nova Iorque, entre 23 e 27 de julho de 1997, visando avaliar os avanços ambientais e as dificuldades de implementação da Agenda 21, empenhando-se em estabelecer prioridades de ação para os anos seguintes e conferir impulso político às negociações ambientais em curso.

Entretanto, seus resultados foram desestimuladores, vez que foi constatado que tanto o escopo de combate à degradação ambiental, quanto com relação à prestação de assistência tecnológica e financeira aos países em desenvolvimento não se consolidaram de forma satisfatória²⁸.

Por sua vez, o Protocolo de Kyoto, resultado da terceira Conferência das Partes sobre Mudança Climática, realizada na cidade de mesmo nome, no Japão, em dezembro de 1997, chegou ao consenso de que os países em desenvolvimento, incluindo-se o Brasil, estão isentos da responsabilidade de diminuir suas taxas de emissão de gases causadores do efeito estufa. Em contrapartida, países integrantes da União Européia têm a meta conjunta de reduzir 8% (oito por cento) com relação aos índices de 1990, tendo sido estabelecido que até o ano de 2012, seria alcançado o índice de 5% (cinco por cento) para os países do leste europeu²⁹

Todavia, os Estados Unidos, responsáveis por quase 25% (vinte e cinco por cento) da emissão dos gases responsáveis pelo efeito estufa, com índice de redução estipulado em 7% (sete por cento), ao lado do Japão, com meta

²⁷ TRIGUEIRO, André. **Espiritismo e ecologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2010. p. 41.

²⁸ DUARTE, Marise Costa de Souza. Opus citatum. p 49.

²⁹ MARCHISIO, Sergio. Il Diritto Internazionale Ambientale da Rio a Johannesburg. In: ACUÑA, Eduardo Roza (Coordenação). **Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 32.

estipulada em 6% (seis por cento), abandonaram o Protocolo, priorizando sua produção industrial em detrimento da preservação ambiental³⁰.

A quebra do compromisso internacional formalizado pelo Japão e pelos Estados Unidos provocou repúdio dos demais participantes da Convenção, contudo, nenhuma reprimenda internacional foi direcionada a estes países.

Transcorridos 10 (dez) anos da ECO 92, em julho de 2002, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio + 10, também conhecida como *Cúpula da Terra*, com o objetivo de apurar os resultados da Conferência de Estocolmo e da ECO 92, bem como discutir questões como a pobreza mundial, o processo de desenvolvimento sustentável e a justiça social.

Da Rio + 10 resultaram dois documentos oficiais, adotados pelos 191 (cento e noventa e um) países presentes na conferência: a Declaração Política, denominada de *O Compromisso de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável*, e o Plano de Implementação, acompanhados de diversas propostas de programas concretos de parcerias público-privadas.

A Declaração Política retorna aos princípios e propostas adotadas junto à Conferência de Estocolmo e a ECO 92, requerendo a atenuação da dívida externa dos países pobres, bem como o reconhecimento dos desequilíbrios e má distribuição de renda, tanto entre países, como internamente, o que afeta diretamente o desenvolvimento sustentável, reconhecendo por fim, que os objetivos traçados na ECO 92 não foram alcançados³¹.

Por sua vez, o Plano de Implementação traçou diretrizes, formalizando o comprometimento dos países desenvolvidos a cooperarem internacionalmente, promovendo o encurtamento das diferenças com os países em desenvolvimento. Destaca-se ainda os principais objetivos traçados no documento: a erradicação da pobreza; a mudança nos padrões insustentáveis de produção e consumo; a proteção dos recursos naturais; a redução das pessoas sem acesso a água potável; a criação de um Fundo Mundial para Erradicação e Promoção do Desenvolvimento Social e Humano nos Países em Desenvolvimento; a urgência na implementação de uso de fontes de energia renovável; o reforço do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas entre os países desenvolvidos; a

³⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Opus citatum, p. 151.

³¹ LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. Op. cit., p. 80.

manutenção ou recuperação de áreas destinadas à pesca e à compensação das reservas pesqueiras; a redução dos efeitos nocivos de produtos químicos e do lixo tóxico sobre o meio ambiente e a saúde humana; a redução dos índices de mortalidade infantil e materna.

A Conferência frustrou as expectativas mundiais no sentido de obtenção de consensos globais no que tange ao tratamento das questões ambientais, traduzindo-se numa visão egocêntrica e isolada de alguns países ou blocos econômicos em manter o nível de crescimento econômico, ainda que fosse necessária a deterioração dos recursos naturais³².

Mesmo não havendo muito avanço junto ao Direito Internacional, há que se destacar como ponto positivo da Rio + 10 o reforço para a implementações das metas ambientais anteriormente traçadas.

2.5 Rio + 20

Passados 10 (dez) anos da Rio + 10 o Brasil sediou a Conferência das Nações Unidas para o desenvolvimento Sustentável, também conhecida como Rio + 20, realizada entre os dias 13 a 22 de junho de 2012 na cidade do Rio de Janeiro, o evento foi classificado como de alta relevância mundial, tendo em vista seu escopo de “definir a agenda do desenvolvimento sustentável para as próximas décadas”³³.

A Rio + 20, sem dúvidas, foi uma das maiores conferências convocadas pelas Nações Unidas visando a implementação do desenvolvimento sustentável, oportunizando ao mundo um momento de concentração na problemática da sustentabilidade, com vistas a examinar idéias e criar soluções.

A Conferência resultou num documento final de 53 páginas – denominado de *O futuro que queremos* –, acordado por 188 (cento e oitenta e oito) países, tratando sobre a cooperação internacional para o desenvolvimento sustentável. Ademais, governos, empresas e a sociedade civil registraram mais de 700 (setecentos) compromissos com ações concretas, no intuito de satisfazer necessidades mundiais específicas como a energia sustentável e o transporte.

³² DUARTE, Marise Costa de Souza. Op. cit. p 53.

³³ BRASIL. **Sobre a Rio+20**. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20>. Acesso em: 02 mai. 2013.

A Organização das Nações Unidas, classificou a conferência como um sucesso, e por intermédio de seu Secretário-Geral, Ban Ki-moon declarou:

O documento final oferece uma base sólida para o bem-estar social, econômico e ambiental. Agora é nossa responsabilidade construir sobre esta base. A Rio + 20 afirmou princípios fundamentais – renovou compromissos essenciais – e deu-nos uma nova direção³⁴.

Entretanto essa opinião não é aceita pela crítica mundial, quadrandos destacar que a Conferência, antes mesmo de sua realização, já vinha sendo alvo de ambientalistas que declaravam sua insatisfação com os rumos dados ao evento. Fátima Melo, da ONG FASE – Solidariedade e Educação, entrevistada pela jornalista Bárbara Menegardo, explica este posicionamento:

A Rio+20 de início se propunha a fazer revisão dos tratados e convenções criados na Rio-92, e lançar uma nova agenda. O principal era fazer essa revisão para ver as lacunas que tinham ficado, mas esta agenda caiu, porque os governos não querem ficar expostos ao fato de não terem implementado o que se propuseram a 20 anos³⁵.

Em distinção gritante com as Conferências de Estocolmo e da Eco 92, a Rio + 20 não foi idealizada como uma Reunião de Cúpula, mas tão somente como uma “Conferência de Revisão”³⁶, ou seja o evento não considerava a presença de Chefes de Estado e de Governo como imprescindíveis, afinal, não se previa a tomada de decisões de Estado, tanto que deixaram de comparecer ao evento o Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama e a chanceler alemã Angela Merkel, além da drástica redução da delegação enviada pela Comissão Européia.

Para Roberto Guimarães e Yuna Fontoura, a Rio+20 não foi idealizada com a finalidade de promover negociações sobre aspectos fundamentais para o futuro ambiental do planeta, centrando-se em discussões secundárias a respeito de economia verde, no contexto do desenvolvimento sustentável, e na

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Rio+20 termina e documento final ‘O futuro que queremos’ é aprovado com elogios e reserva**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20-termina-e-documento-final-o-futuro-que-queremos-e-aprovado-com-elogios-e-reservas/>. Acesso em 02 de maio de 2013.

³⁵ MENEGARDO, Bárbara. O que esperar da Rio+20 e como escapar do discurso da hipocrisia ambiental. **Caros amigos**. São Paulo, n. 180, março de 2012, p. 16.

³⁶ UNITED NATIONS. **United Nations conference on sustainable development (UNCSD). The future we want**. Disponível em: <http://www.uncsd2012.org/content/documents/727The%20Future%20We%20Want%2019%20June%201230pm.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2013.

erradicação da pobreza, deixando muito a desejar³⁷.

Para a sociedade civil, a Rio + 20 não deixou nenhum compromisso claro para a concretização do desenvolvimento sustentável, não vinculou as Nações participantes a qualquer obrigação sólida e nem estipulou metas, ou seja, existe um risco real e bastante eminente de que os compromissos assumidos na Conferência se concretizem como promessas vazias, sem qualquer acompanhamento eficaz ou mecanismo de prestação de contas³⁸.

Desta forma constata-se que embora o evento tenha sido bastante alardeado pela mídia mundial, os líderes mundiais não atenderam ao chamado urgente do meio ambiente para adoção de políticas públicas e ações concretas aptas à concretização do desenvolvimento sustentável, afinal nenhum compromisso vinculante com vistas a um resultado sólido para tanto foi firmado junto ao documento final da conferência.

Bom, a consequência de manter o mesmo modelo econômico, com as mesmas políticas públicas e com o mesmo comprometimento dos Estados e da sociedade com relação ao meio ambiente é que pouco ou nenhum avanço tenha sido alcançado na direção do desenvolvimento sustentável, com consequências negativas para as gerações atuais e futuras.

2.6 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A SUSTENTABILIDADE

Durante esta abordagem, por questões metodológicas, adotar-se-á o conceito elaborado pela Comissão Brundtland que dispõe que o desenvolvimento sustentável é “aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de gerações futuras atenderem também as suas”³⁹, embora, como já frisado anteriormente, o desenvolvimento sustentável tenha uma conceituação em constante evolução, variando de acordo com as novas necessidades sociais e ambientais.

Contudo, destaca-se que desenvolvimento sustentável não se

³⁷ GUIMARÃES, Roberto Pereira. FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+20 ou Rio-20? Crônica de um fracasso anunciado. **Ambiente & sociedade**. Vol. 15, n. 3. São Paulo, setembro/dezembro de 2012. p. 08.

³⁸ HUMAN RIGHTS COUNCIL. **If Rio+20 is to deliver, accountability must be at its heart**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/OpenLetterRio20.aspx>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. Loc. cit.

confunde com sustentabilidade.

Segundo Simon Dresner, a terminologia sustentabilidade foi utilizada pela primeira vez no ano de 1974 junto ao evento *World Council of Churches*, em resposta à preocupação com a pobreza mundial em nações menos favorecidas economicamente⁴⁰.

Desde então a sustentabilidade passou ser compreendida como um processo de transformação que ocorre harmoniosamente entre as dimensões espaciais, sociais, ambientais, culturais e econômicas, partindo do individual para o global⁴¹, ou seja, a sustentabilidade engloba a prática do desenvolvimento considerando todas as dimensões, buscando harmonizar o uso dos recursos naturais com os meios de produção, com o escopo de melhoria da qualidade de vida.

Isto é, etimologicamente sustentabilidade é a “qualidade daquilo que é sustentável, do que seja passível de sustentação, manutenção”, em contrapartida, sustentável “advém do latim “*sustinere*” (*sub=abaixo + tenere=segurar, agarrar*) e indica aguentar, suportar, sustentar”⁴².

Desta forma, verifica-se que sustentabilidade e desenvolvimento sustentável possuem diferenciações, haja vista que o primeiro trata-se de um conceito bem mais abrangente que o segundo, denotando, em linhas gerais, tudo aquilo que pode ser sustentado. O desenvolvimento sustentável se concentra e se direciona ao desenvolvimento social, econômico e ambiental para as presentes e futuras gerações⁴³.

Judas Mendes e Christian Silva destacam ainda outras distinções entre os dois conceitos:

⁴⁰ DRESNER, Simon. **The principles of sustainability**. London: Earthscan, 2002. p. 1.

⁴¹ CARON, Antoninho. **Inovações tecnológicas nas pequenas e médias empresas industriais em tempos de globalização**: o caso do Paraná. Florianópolis, 2003. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. p. 102.

⁴² ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger; MONTEIRO, Luiza Cristina Antoniossi; ZAZZETTA, Marisa Silvana. **Sustentabilidade: relação entre espaço urbano e envelhecimento ativo**. Texto gentilmente cedido pelo autor Miguel Etinger de Araújo.

⁴³ SANTOS, Karina Alves Teixeira; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; ARAUJO JUNIOR, Miguel Op. cit. p.171.

As diferenças entre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável afloram não como uma questão dicotômica, mas como um processo em que o primeiro se relaciona com o fim, ou objetivo maior; e o segundo como meio. Todavia, esta distinção está imersa em uma discussão ideológica que se insere em pensar algo para o futuro ou em se preocupar com ações presentes e impacto futuro.

O foco principal, ao se discursar e se preocupar com a sustentabilidade, está na vinculação do tempo ao lugar a que se pretende chegar; enquanto, com o desenvolvimento, o foco está em como se pretende chegar.

(...) o presente para o processo de desenvolvimento e o futuro para a sustentabilidade. São noções, na realidade, não contraditórias, mas complementares e fundamentais para posicionar os grupos de discussão⁴⁴.

Assim, constata-se que o desenvolvimento sustentável é o meio pelo qual se possibilita a obtenção de equilíbrio entre o crescimento econômico, o consumo e o meio ambiente, visando a *priori* a sustentabilidade e o bem estar da coletividade.

Em outras palavras, o atual modelo econômico mundial gera desequilíbrios ambientais, visando o desenvolvimento sustentável harmonizar o crescimento econômico com as atividades essenciais à qualidade de vida, por sua vez, a sustentabilidade se relaciona com a capacidade de manutenção desta harmonização sem que ocorra o esgotamento dos recursos naturais indispensáveis ao crescimento econômico.

2.7 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO MEIO AMBIENTE E AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CAMINHO DO ESTADO AMBIENTAL

O Código Civil de 1916 iniciou timidamente a tutela jurídica brasileira ao meio ambiente, elencando na seção destinada aos Direitos de Vizinhança (arts. 554 a 591), normas para resolução de conflitos entre vizinhos, que promoviam ainda que precariamente a proteção ambiental⁴⁵.

Mais adiante, a Constituição de 1934 de forma discretamente mais

⁴⁴ MENDES, Judas Tadeu Grassi. SILVA, Christian Luiz da. **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável**: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 13.

⁴⁵ Cita-se como exemplo: “Art. 584. São proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para uso ordinário a água do poço ou fonte alheia, a elas preexistente”. BRASIL. **Lei 3.071**, de 1º. de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 1916.

abrangente, empregou amparo às belezas naturais (art. 10, inciso III)⁴⁶ e ao patrimônio histórico, artístico e cultural (art. 148)⁴⁷, fixando competência à União para legislar acerca de riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração(at. 5º., inciso XIX, alínea ‘j’)⁴⁸.

Logo em seguida a Constituição de 1937 trouxe tutela jurídica aos monumentos históricos, artísticos e naturais, paisagens e locais especialmente dotados pela natureza, prevendo que os atentados contra estes cometidos seriam considerados em desfavor do patrimônio nacional (art. 134)⁴⁹, além disso, reiterou-se as normas de proteção ambiental da Carta anterior (art. 16, inciso XIV), acrescentando o resguardo às plantas e rebanhos contra moléstias e agentes nocivos (art. 18)⁵⁰.

Ainda no linear da parcial proteção ambiental, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 mantiveram a defesa ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico, sempre fazendo menção à função social da propriedade.

De forma um pouco mais incisiva, a emenda Constitucional de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, trouxe a previsão de que a lei, mediante prévio levantamento ecológico, regularia o aproveitamento agrícola de terras propensas à intempéries e calamidades, impondo àqueles que a utilizassem de forma indevida, impedimentos ao recebimento de incentivos e auxílio governamental (art. 172)⁵¹.

⁴⁶ Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 1934.

⁴⁷ Art. 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual. Idem.

⁴⁸ Art. 5º. Compete privativamente à União: (...) XIX – legislar sobre: (...) j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração. Idem.

⁴⁹ Art. 134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 1937.

⁵⁰ Art. 18. Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...) e) medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos. Idem.

⁵¹ Art. 172. A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo. BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1**, de 17 de outubro de 1969, Brasília, 1969.

Em análise do exposto, depreende-se que durante todo esse período não se atribuiu ao meio ambiente uma tutela jurídica global, mas tão-somente a determinados aspectos, elementos integrantes ou matérias coligadas a interesses privados.

Por evidente que esta parca preocupação com o meio ambiente, sempre vinculada à busca pelo crescimento econômico e à satisfação dos interesses privados, rendeu altos índices de poluição e degradação ambiental, comprometendo tanto o crescimento do mercado capitalista, como a qualidade de vida da coletividade, provocando o despertar da sociedade para a crise ambiental, que passou a ter a necessidade de ver atendida suas necessidades hodiernas, sem o comprometimento da capacidade das futuras gerações em prover suas próprias demandas⁵².

E foi justamente almejando a concretização dos preceitos acima mencionados que a legislação brasileira, por intermédio da Lei 6.938/81, se referiu pela primeira vez ao desenvolvimento sustentável, dispondo:

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições de desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

(...)

Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico⁵³.

A partir de então, o Estado, através da lei de Política Nacional do Meio Ambiente, passou a reconhecer a indispensabilidade da proteção, melhoria e recuperação ambiental, no escopo de assegurar no país condições de desenvolvimento econômico e proteção à dignidade da pessoa humana. Todavia, o Estado, sem a cooperação da sociedade, dificilmente lograria êxito neste intento.

E foi seguindo esta diretriz – de necessidade de proteção ambiental e união de forças entre Estado e sociedade – que se iniciou a construção de um novo Estado, o Estado Ambiental, que é muito bem conceituado por Canotilho:

⁵² O despertar para a crise ambiental não se deu localmente, mas sim globalmente conforme abordado no item 2.1 do presente estudo.

⁵³ BRASIL. **Lei 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981.

A qualificação de um Estado como “Estado Ambiental” aponta para duas dimensões jurídico-políticas particularmente relevantes. A primeira é a obrigação de o Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica. A segunda relaciona-se com o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção da *responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras*⁵⁴.

De forma mais sintética, Michael Kloefer explica no que consiste este novo Estado:

O Estado ambiental refere-se a um Estado que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões. Isto, porém, não significa que o âmbito social, ou seja, não estatal deva ser excluído da investigação⁵⁵.

De tal modo, o Estado Ambiental fulcra sua existência no interesse, tanto do Estado quanto da sociedade em tutelar o meio ambiente, devendo a Constituição do Estado que nele se investir se adaptar a este interesse de forma a garantir juridicamente a qualidade do meio ambiente, funcionando como um mecanismo conjunto, visto que na medida em que a proteção social não está sendo suficiente para resguardar a natureza, deve o Estado intervir junto ao problema, impondo o interesse geral de tutela ambiental, pois apenas o Estado, em decorrência de seu monopólio de poder, dispõe de meios e métodos coercitivos aptos à imposição do cumprimento de regras de proteção à natureza.

Baseado nessas premissas, e a caminho do Estado Ambiental, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com veemente inspiração democrática, elegendo o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais do Estado (art. 3º, inciso II)⁵⁶, com o escopo de garantir o desenvolvimento a toda a coletividade. Ato contínuo guindou, através do art. 225,

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999. p. 32.

⁵⁵ KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. Tradução Carlos Alberto Molinaro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

⁵⁶ Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II – garantir o desenvolvimento nacional. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, 1988.

o meio ambiente⁵⁷ à categoria de direito fundamental de terceira dimensão⁵⁸, em razão da imprescindibilidade de proteção à qualidade de vida e saúde do ser humano, prevendo a participação política bifurcada entre Estado e comunidade, criando-se uma inter-relação entre o aparato estatal e as ações dos indivíduos para a realização das normas constitucionais.:

Art. 225. Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em paridade de relevância, tanto para o Estado quanto para a sociedade, encontra-se a ordem econômica, muito bem conceituada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau:

A ordem econômica consiste no conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)⁵⁹.

⁵⁷ Embora o meio ambiente seja conceituado pelo art. 3º., inciso I, da Lei 6.938/81: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, metodologicamente expondo, o meio ambiente divide-se em: **a) meio ambiente natural:** aquele criado originariamente pela natureza, não sofrendo qualquer interferência da ação humana que tenha como resultado a modificação de uma espécie, sendo mister ressaltar que a interferência do homem em um componente do meio natural não é suficiente para que este não pertença mais a esta classe; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 89; **b) meio ambiente artificial:** composto pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos, como rodovias, ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral (espaço urbano aberto); **c) meio ambiente cultural:** constituído pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que mesmo artificialmente, em regra, como obra do homem, distingue-se do meio ambiente artificial (que identicamente é um meio ambiente cultural) uma vez que há neste meio ambiente um valor especial atribuído pela cultura da sociedade; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 03; **d) meio ambiente do trabalho:** pode ser entendido como o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativos à qualidade de vida do trabalhador. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Dano Ambiental:** prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 94.

⁵⁸ Quanto à terminologia, será empregada a expressão *dimensões* de direitos fundamentais, haja vista que a expressão *gerações* tem a conotação de algo sucessivo, transmitindo a idéia de substituição de uma geração por outra. GORCZEVSKI, Clóvis; RITT, Leila Eliana Hoffmann. O desenvolvimento sustentável e o meio ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração. In GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos (Coordenação). **A Concretização dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 18.

⁵⁹ GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

Assim sendo, a ordem econômica também ganhou destaque junto ao texto constitucional de 1988:

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

O que se depreende do texto constitucional é o surgimento de um sistema jurídico-constitucional com o objetivo de regular as atividades econômicas do Estado, instituindo uma forma de organização e funcionamento da economia, visando assegurar a todos uma existência digna, pautando-se na justiça social, devendo observar, obrigatoriamente, os princípios constitucionais⁶⁰ e os princípios que norteiam a ordem econômica, que podem ser retratados pelos princípios: da soberania nacional; da função social da propriedade; da livre concorrência; tutela do meio ambiente e do consumidor; da redução das desigualdades regionais e sociais; da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte que tenham sua sede e administração no país, sendo estes princípios base para a composição do princípio-essência da dignidade da pessoa humana⁶¹.

Dando continuidade a esta sistemática, o art. 173 da Constituição Federal⁶² prevê as formas de intervenção estatal no domínio econômico através da exploração direta da atividade econômica, o que tem autorização para se concretizar

⁶⁰ Os princípios constitucionais são aqueles que trazem consigo os valores fundamentais do ordenamento jurídico, não regulando nenhuma situação específica – sendo esta incumbência das regras – mas sim, almejando a regulação e a conformação de todo o plano jurídico.

⁶¹ Segundo Cristiane Derani, a dignidade humana “é a essência axiológica da norma”, por isso “quando se trata do princípio da dignidade da pessoa humana, está-se referindo a valores essenciais que orientam toda a prática social (princípio-essência). Acrescenta ainda a autora que o princípio da dignidade da pessoa humana “é o vínculo axiológico da realização da ordem econômica como da prática de proteção ao meio ambiente. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2008. p. 234.

⁶² BRASIL. Idem.

apenas quando indispensável aos imperativos de segurança nacional ou quando estiver presente relevante interesse coletivo.

Já no art. 174 da Constituição Federal⁶³, o Estado encontra legitimação para uma intervenção indireta no domínio econômico, podendo atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Neste sentido, Habermas comenta que a atuação do Estado junto à esfera econômica é dupla – intervenção direta e indireta –, operando, ora substitutivamente, ora compensatoriamente. As atuações substitutivas podem ser demonstradas como as ações juridicamente elaboradas com o escopo de atingir os fatos econômicos de modo a impulsionar um sistema econômico deficiente. Já nas atuações compensatórias o Estado almeja adequar as consequências disfuncionais que o processo de acumulação produz, como no caso das externalizações dos custos de mercado⁶⁴.

É notório que o Estado deve se valer de seu poder de intervenção no domínio econômico para fomentar a economia, estimulando a multiplicidade de negócios jurídicos através de incentivos fiscais, empréstimos e subsídios ao setor empresarial, os quais se apresentam como externalidades positivas, entretanto, por outro enfoque, há que se analisar também as externalidades negativas, que se concretizam todas as vezes em que uma determinada pessoa, grupo ou até mesmo a coletividade são afetados negativamente pela atividade de outro membro da ordem econômica, isto é, haverá externalidade negativa sempre que uma determinada relação jurídica ensejar efeitos, geralmente imensuráveis, a indivíduos que não tiveram qualquer participação na relação, como ocorre com a poluição, que é provocada em sua maior extensão pelas atividades industriais que por vezes não atingem os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação

⁶³ BRASIL. Idem.

⁶⁴ No texto original: staatlichen Handelns durch den wirtschaftlichen Bereich ist doppelt - rechts und indirekte Intervention - Betriebssystem, manchmal indirekt, manchmal ausgleichend. Die Leistungen können als Ersatzhandlungen legal mit dem Ziel, den wirtschaftlichen Tatsachen, um eine schwache wirtschaftliche system aufzuladen ausgearbeitet zusammengefasst werden. Bereits in den Zustand kompensatorische Maßnahmen zielt darauf ab, die individuelle dysfunktionale Effekte, die Akkumulation Prozess produziert, wie die Kosten von Outsourcing-Markt. HABERMAS, Jürgen. **Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus**. Frankfurt Suhrkamp Erscheinungsjahr: 1973, p. 55.

econômica), mas sim os moradores das áreas próximas à fábrica (terceiros)⁶⁵.

Visando obstar a ocorrência destas externalidade negativas, e garantir o direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ressaltando-se que este não se apresenta como limite ao livre exercício da atividade econômica, incumbe ao Estado o dever-poder de intervir nas relações negociais mediante a elaboração de leis e regulamentos que visem a promoção do desenvolvimento sustentável, obrigando a conduta dos particulares, em razão da inexistência de plena conscientização de que a ordem econômica encontra-se intrinsecamente vinculada aos recursos naturais para sua própria manutenção, revelando que ainda se está a construir um Estado Ambiental⁶⁶.

Por evidente que esta dupla previsão se deu em razão da indissociabilidade do aspecto econômico do aspecto ambiental, tanto que a Carta Magna elencou dentro dos parâmetros obrigatórios de observância pela ordem econômica a defesa do meio ambiente.

O desenvolvimento sustentável deve estar voltado para a proteção dos recursos naturais e preservação das espécies, de forma a garantir que os recursos ambientais que se encontram disponíveis hoje permaneçam à disposição também das futuras gerações, haja vista que são finitos.

A situação que a sociedade de risco (Beck) hodierna atravessa, permeada por um sistema de produção desenfreado e um consumo irresponsável, mereceu considerações do jornalista Washington Novaes, consultor do primeiro relatório Brasileiro para a Convenção da Diversidade Biológica e sistematizador da Agenda 21 Brasileira, que sustentou que até os tempos atuais o sistema econômico capitalista não encontrou uma maneira de se desenvolver economicamente de forma sustentável, haja vista a população mundial sobreviver com a utilização de produtos que vão muito além da capacidade de suporte do planeta, sendo necessária uma abrupta alteração nos modos de produção e consumo⁶⁷.

A intervenção do Estado tem sido cada vez mais necessária – por evidente que com o auxílio da sociedade, com quem compartilha o dever de proteção ao meio ambiente, com base na construção de um Estado Ambiental –

⁶⁵ SALOMÃO FILHO. Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 27-28.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. 3 ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 59.

⁶⁷ NOVAES, Washington. Op. cit. p. 58.

incumbindo ao Poder Público a implementação de políticas públicas adequadas à realidade social, mediante normas infraconstitucionais específicas que sejam aptas a tutelar os recursos naturais, questão que será abordada no item 5.3.

Neste linear, o papel do Estado junto ao meio ambiente e à ordem econômica é a conciliação destes dois fatores de extrema relevância para a coletividade de modo a garantir a manutenção do bem comum, oferecendo aparato suficiente para ao desenvolvimento econômico ato contínuo à promoção da tutela ambiental, consolidando o tão desejado desenvolvimento sustentável, que se refere “a qualidade daqueles que é sustentável, passando a incorporar o significado de manutenção e conservação *ab eterno* dos recursos naturais”⁶⁸, que representa a melhoria da qualidade de vida humana dentro dos limites de suporte da capacidade do planeta.

A imposição constitucional de obrigatoriedade de conciliação entre economia e meio ambiente é de suma relevância para o setor econômico-produtivo, ao passo que exige a adoção de técnicas aptas a obstar ou sanar efeitos poluidores/degradadores ao meio ambiente, o que viabiliza a manutenção de recursos naturais à produção de bens de consumo.

A constatação do inter-relacionamento entre meio ambiente e a ordem econômica aparenta certa obviedade, haja vista que o ordenamento jurídico sempre deve ser interpretado de maneira sistemática e não isoladamente, afirmando Cristiane Derani “que os elementos que compõem a norma expressa no art. 225 estão na realidade interagindo com os elementos tratados pela norma do art. 170”⁶⁹, ou seja, todos os aspectos que envolvem a ordem econômica afetarão o meio ambiente, bem como os que afetarem a natureza refletirão na ordem econômica.

Não se pode mais conceber o desenvolvimento de uma atividade econômica sem a utilização racional dos recursos naturais, a fim de garantir a todos uma existência digna pautada nas justiça sociais. Desta forma, o que se vislumbra é que a atividade econômica não se opera irrestritamente, ficando condicionada à proteção ambiental, ou seja, “será conforme o direito aquela atividade que no seu desenvolvimento orienta-se na defesa do meio ambiente e, deste modo, contribui na

⁶⁸ BARBIERI, José Carlos. CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**. Da teoria à prática. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 31.

⁶⁹ DERANI, Cristiane. Op. cit. p. 228.

concretização do direito fundamental social ao meio ambiente equilibrado”⁷⁰.

Exposta estas questões, verifica-se que a proteção ao meio ambiente, não deve ser encarada de forma a obstar o desenvolvimento, mas sim como um mecanismo apto a proporcionar a gestão racional e responsável dos recursos ambientais.

Por evidente que esta iniciação ao Estado Ambiental emerge da necessidade de consolidação da igualdade a população brasileira, buscando incentivar o verdadeiro desenvolvimento econômico ato contínuo ao controle dos recursos naturais, atribuindo ao Poder Público e à sociedade o dever de tutela ao meio ambiente, de forma que os recursos disponíveis contemporaneamente estejam também à disposição das futuras gerações.

Quadra destacar ainda que a investidura do Estado como Estado Ambiental não o isenta, tampouco o descaracteriza como Estado Social, ao passo que ambos trazem em seu conteúdo fundamental, consequências do dever jurídico estatal de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana.

A este respeito Häberle esboça a opinião de uma “atualização viva do princípio” da dignidade da pessoa humana, em constante adaptação aos novos axiomas que são incorporados em seu conteúdo normativo, o que acaba exigindo, nem que seja minimamente, uma medida de tutela ambiental⁷¹.

Esta caminhada em direção ao Estado Ambiental desencadeada pela eclosão da crise ecológica exige da sociedade uma nova postura, que pode e deve culminar na consolidação de uma nova forma de cidadania emergente. Em contrapartida, deve formar um Estado com características inéditas em conjunto com um ordenamento jurídico ambiental apto a viabilizar e garantir a evolução da sociedade, através da busca da máxima efetividade de suas normas⁷².

É com esta plataforma que o Estado brasileiro, atuando na construção do Estado Ambiental, pode e deve extirpar os riscos existentes na sociedade contemporânea, embasando o verdadeiro desenvolvimento, qual seja, o

⁷⁰ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvi de (Organização). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 100.

⁷¹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Trad. Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 130.

⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização de princípio civil para a proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 49, jan/mar, 2008. p. 239.

desenvolvimento econômico ato contínuo ao desenvolvimento humano, garantindo a existência de vida digna aos seres vivos de forma sustentável.

2.8 CONCLUSÕES PARCIAIS

Tendo em vista a relevância do meio ambiente para a sociedade, dada a necessidade de manutenção da vida dos seres vivos e da qualidade de vida, com a crise ambiental, o mundo foi compelido a buscar pelo desenvolvimento sustentável, o que desencadeou as primeiras manifestações mundiais neste sentido que perduram até os tempos atuais.

O modelo econômico mundial e os elevados padrões de consumo inegavelmente geram desequilíbrios ambientais, tendo o desenvolvimento sustentável a árdua missão de harmonizar o crescimento econômico com a capacidade dos recursos naturais, de forma a garantir a sustentabilidade, atendendo as necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas.

Em razão desta problemática, a Constituição Federal tratou da questão de forma detalhada, atribuindo ao meio ambiente natureza de direito difuso, de nítido interesse público, sobretudo porque essencialmente ligado ao direito à vida, ademais, a Carta Magna adentrou o caminho de construção de um Estado Ambiental, dividindo o dever de proteção ambiental com a sociedade.

Ainda visando a garantia deste, a Constituição Federal elencou a defesa do meio ambiente dentro dos parâmetros obrigatórios de observância pela ordem econômica, intervindo nas relações negociais dos particulares, que em regra se concretizam por intermédio dos contratos, que serão estudados no capítulo a seguir.

3 NOÇÕES GERAIS E A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL – DOS PRIMÓRDIOS À CONTEMPORANEIDADE

Trata-se o contrato de espécie de notável relevância social e econômica do negócio jurídico e assim, instrumento por excelência de circulação de riquezas, como justa medida de interesses contrapostos, sendo, indubitavelmente, esteio socioeconômico do mundo.

Os juristas brasileiros construíram uma teoria geral dos contratos pautada na liberdade individual, visando principalmente o desenvolvimento econômico, todavia, a “teoria clássica do contrato” – adotada no Código Civil de 1916 – foi ultrapassada pela despatrimonialização e humanização coletiva do Direito Civil⁷³, tendo a “teoria contemporânea do contrato” – adotada pelo Código Civil de 2002 – privilegiado a moralidade, a utilidade e a solidariedade em detrimento da liberdade e individualidade, saindo de cena o antropocentrismo, em razão das alterações das necessidades sociais e dos reflexos que o crescimento econômico irresponsável vinha causando.

Neste diapasão, vale ressaltar as palavras de Stolze Gagliano e Pamplona Filho que afirmam “que o matiz ideológico do contrato é pintado segundo a época e a conjuntura social em que ele é celebrado”⁷⁴, ou seja, o contrato se adapta às necessidades econômicas e principalmente sociais, privilegiando, contemporaneamente o útil, o justo e sua função social.

Apresentada a implícita característica da mutabilidade temporal do contrato, passa-se à explanação da evolução da teoria contratual e à apresentações de considerações gerais.

3.1 CONCEITO CLÁSSICO DE CONTRATO

O contrato a muito existe na história jurídica, econômica e social da humanidade.

Contudo, de acordo com o narrado anteriormente, tem-se que a progressiva jurisdicionalização dos comportamentos e das relações humanas

⁷³ A despatrimonialização será abordada junto ao item 3.2.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: teoria geral. v. IV, tomo 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

compõem um processo que evolui ato contínuo ao desenvolvimento da civilização, não sendo prudente identificar o preciso momento histórico em que surgiu o instituto do contrato⁷⁵, razão pela qual se buscará assinalar um período em que sua sistematização jurídica se tornou mais nítida.

Tem-se conhecimento de que a idéia de sujeição de operações econômicas a um sistema legal codificado se encontrava presente no direito romano, entretanto, não existia ainda uma figura geral clássica de contrato, nos termos em que este é atualmente concebido⁷⁶. É fato que o instrumento utilizado pelos romanos⁷⁷ se denominava *stipulatio*⁷⁸, o qual compreendida as convenções e os pactos de diversas naturezas, porém, em regra, não se vinculavam por seu valor jurídico, mas por seu valor religioso⁷⁹.

Ou seja, o instituto existente no direito romano não se trata em verdade de contrato, ao menos não da forma com que o mesmo é concebido contemporaneamente, consistente num acordo de vontades através do qual os sujeitos formam um vínculo jurídico que os obriga, rompendo qualquer possibilidade lógica e histórica de que o instituto contratual teve seu nascedouro junto ao direito romano.

Conforme o disposto acima, não é possível precisar o momento ou o local do surgimento do instituto contratual, sendo certo que cada sociedade, dos canonistas, aos positivistas contribuíram para o aperfeiçoamento do conceito de contrato.

Porém, uma contribuição, provavelmente a mais significativa e que deve ser ressaltada dentro da esfera contratual, é a do movimento iluminista francês,

⁷⁵ ROPPO, Enzo. **Contrato**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 16.

⁷⁶ Inexistia no direito romano uma teoria geral dos contratos. O que se admitia eram certas categorias de contratos (verbais, literais, reais e consensuais), negócios causais, conforme modelos fixos, taxativamente arrolados pelo Direito objetivo. No decorrer do tempo passou-se a aceitar a possibilidade da criação de acordos sem qualquer correspondência com os modelos legais, chegando-se à construção da categoria dos contratos inominados. FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**. Confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

⁷⁷ No direito romano, o elemento vontade (elemento subjetivo) era estranho ao conceito de *contractus* (termo restrito à teoria das obrigações, não se referindo a vontade ou à idéia de acordo), o qual deveria ser reportado ao vínculo (que tinha sua causa no ato lícito) objetivamente considerado. Idem, *ibidem*. p. 22.

⁷⁸ Na época clássica, a *stipulatio* (estipulação) era uma forma contratual, um contrato indeterminado, abstrato, consistente em um diálogo entre credor e devedor, perguntando aquele e respondendo este: *prometes dar-me cem? Prometo (Spondesne mihi centum? Spondeo)*. CRETELLA JR., José. **Curso de direito romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 249.

⁷⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos**. Teoria geral e contratos em espécie. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p.33.

que pregou e solidificou, ao menos naquele período, uma visão totalmente antropocêntrica, firmando a vontade racional do homem⁸⁰, o que foi bem expressado pelo filósofo Arthur Schopenhauer ao afirmar que “todo homem apenas faz o que deseja e, portanto, age de modo necessário”⁸¹.

Com base no movimento iluminista, em 21 de março de 1804 foi promulgado o Código Napoleônico ou *Code Civil des Français*, que representou o fruto político direto da Revolução Francesa e foi o primeiro código da Idade Moderna e o primeiro dos códigos burgueses, consagrando os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade e fazendo prevalecer os interesses da sociedade burguesa, vitoriosa da Revolução Francesa, pondo o homem ao centro do universo e elevando a autonomia da vontade⁸² ao “status” de dogma, sendo o contrato definido como um acordo jurídico entre os sujeitos portadores de interesses opostos.

O linear de antropocentrismo e patrimonialismo no que tange ao contrato foi levado às últimas consequências com a criação do *pacta sunt servanda*, sendo este formulado como norma no Código Napoleônico⁸³, prevendo que os contratos legalmente formados possuíam força de lei para aqueles que os celebravam, pondo à mostra, além da robusta carga ética, também a carga

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Opus citatum. p. 40.

⁸¹ SCHOPENHAUER, Arthur. **Livre arbítrio**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007. p. 81.

⁸² Importa ressaltar que embora as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” sejam comumente utilizadas como sinônimos, o que ocorre tendo em vista ser ambas formas de manifestação de vontade – a doutrina aponta distinção entre estas. Ana Prata ensina que a autonomia privada traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos, ou seja, a autonomia privada representa o poder atribuído por lei aos indivíduos para a criação de normas jurídicas capazes de definir o conteúdo para a criação de normas jurídicas capazes de definir o conteúdo e os efeitos do ato praticado. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 15. Em contrapartida, Luigi Ferri sustenta que a autonomia da vontade possui uma conotação subjetiva ou psicológica, na medida em que representa o querer interno do sujeitos de direitos, ou seja, a sua real vontade. FERRI, Luigi. La autonomia privada. *In Revista de derecho privado*. Madri, 1969, p. 3. Atualmente, o entendimento é de que a força da vontade advém do direito objetivo, não da própria vontade, tornando-se indiscutível que todo efeito jurídico se reconduz à lei e só se produz na medida em que esta o autoriza. Ultrapassando o dogma da vontade e transferindo o eixo da relação contratual da tutela subjetiva subjetiva da vontade à tutela, importa direcionar a questão da autonomia da vontade para a da autonomia privada. GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: RT, 1972, p. 30.

⁸³ Art. 1.134 do Código Napoleônico. “O respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de fato, condição para que as trocas e as operações de circulação de riquezas se desenvolvam de modo correto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que não se frustrem as previsões e os cálculos dos operadores (...), condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto. FRANCE. **Code civil des français**. Disponível em: <<http://inmf.org/alriccode.htm>>. Acesso em 05 dez. 2012.

econômica⁸⁴.

A concepção antropocêntrica e o absolutismo do *pacta sunt servanda* perduraram até o final do século XIX e meados do século XX, sendo este modelo liberal de contrato denominado como clássico.

Com o transcorrer de um determinado lapso, a tendência individualista desencadeou graves desequilíbrios sociais, que foram contornados somente com o dirigismo contratual⁸⁵ surgido no século XX⁸⁶, que recolocou o homem no seio da sociedade.

3.1.1 O Destinatário do Conceito Clássico/liberal de Contrato e o Acordo de Interesses Opostos

Conforme salientado, o legislador francês (leia-se burguês) impregnou no instituto do contrato fortes e marcantes traços individualistas e patrimonialistas⁸⁷, formando um binômio indissolúvel, os quais foram reproduzidos no Código Civil Brasileiro de 1916.

Explicando o binômio contrato/patrimônio, o jurista italiano Rodotà sustentava que apenas não se compreenderia a posição do contrato no Código Napoleônico se não se visualizasse a posição que este ocupa na propriedade⁸⁸.

⁸⁴ THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**: Direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 29.

⁸⁵ Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de “dirigismo contratual”, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo que as partes possam revogá-las ou modificá-las. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.10.

⁸⁶ A transposição do Estado Liberal de Direito, pautado na igualdade e liberdade individual, para um Estado Social de Direito, onde se privilegia a proteção dos interesses sociais e da justiça social, se deu através do dirigismo contratual, ou seja, da intervenção estatal, adaptando a igualdade formal até então em vigência, a uma igualdade fática, assim, o *pacta sunt servanda* foi cedendo espaço ao dirigismo contratual e as relações contratuais passaram a ser tuteladas pelo Estado, que passou a interferir na autonomia privada em favor do bem coletivo como se estudará de forma mais aprofundada no tópico 3.2.4.

⁸⁷ Ao contrário do que ocorre nos outros códigos civis, onde o contrato é regulamentado em livro próprio, no *Code Civil des Français*, os artigos que tratam dos contratos encontram-se no Livro Terceiro, que se refere aos “diversos modos de aquisição da propriedade”. Essa posição topográfica demonstra que o contrato possuía, sob um determinado aspecto, uma posição não autônoma, mas subordinada à propriedade, que era instituto-base, em torno e em função do qual eram ordenados todos os demais institutos. Assim, o contrato surge para cumprir a função de instrumento de transferência de direitos sobre coisas, bem como ocorre com a sucessão *causa mortis*. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Ibidem*. p. 38.

⁸⁸ RODOTÀ, Stefano. **Note intorno all'art. 544 del 'Code civil', in Scritti per il XL della morte di P. E.** Milão: Bensa, 1969. pp. 173-208.

Considerando o indivíduo e o patrimônio, mentalmente, o destinatário imaginado para as normas obrigacionais dispostas no Código Napoleônico era o indivíduo absolutamente isolado de toda a sociedade e abstratamente considerado sem qualquer vinculação com o contexto comunitário, estando, ao menos formalmente, em paridade de condições para pactuar e estabelecer com o outro contratante.

Desconsiderando qualquer idealização de bem estar coletivo, a autonomia da vontade representava para a burguesia, a possibilidade de adquirir os bens das antigas classes dominantes, equilibrando a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. Destarte, pelo recente criado princípio do consenso, o contrato assegurava às classes mercantil e de proprietários que os bens só seriam transferidos pela vontade de ambas as partes, contudo, satisfazendo os ideais destas (contratante e contratado) de forma individual⁸⁹.

Orlando Gomes sintetiza a idéia do destinatário individual do modelo clássico de contrato, ressaltando que o instituto servia “a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social”, assim, a vontade manifestada do indivíduo passou a ser a fonte central dos efeitos jurídicos, “refletidondo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do indivíduo”⁹⁰.

Outra das principais características trazidas pelo modelo clássico de contrato era que este trazia junto a si a concepção basilar de oposição entre as partes, se tratando de um acordo de vontade entre interesses opostos, pondo à mostra que os contratantes atuavam em pleno antagonismo, sendo as situações jurídicas observadas isoladamente, sem alcançar a interação entre esses interesses.

Assim, no contrato clássico as partes envolvidas sustentavam formalmente a igualdade e, portanto, eram livres para pactuarem e estabelecerem, com arrimo na autonomia da vontade, o conteúdo do acordo, que trazia sempre o interesse contraposto dos envolvidos, entretanto, embora aparentemente o contrato servisse a todos, o instituto visava em verdade favorecer a classe burguesa que pretendia, a todo e qualquer custo, apropriar-se dos bens das classes menos favorecidas.

⁸⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Ibidem*. p. 40.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Ibidem*. p. 7.

3.1.2 Os *Slogans* da Revolução Francesa e seus Produtos Jurídicos no Direito Obrigacional

A herança mais notória da Revolução Francesa foi seu slogan *libertè, égalitè e fraternitè* (liberdade, igualdade e fraternidade) que trazia em seu corpo os ideais iluministas, tendo deixado também um legado jurídico junto ao direito obrigacional.

A teoria liberal do contrato e do negócio jurídico foram construídas a partir de dois pressupostos básicos da Revolução Francesa: *libertè* e *égalitè*, que aplicados ao Direito Civil napoleônico representam a liberdade de contratar e a igualdade perante a lei, de todos os indivíduos, numa base de paridade formal⁹¹.

A liberdade de contratar advém do princípio filosófico consolidado na Revolução Francesa, da autonomia da vontade. A princípio, Grotius e posteriormente Hobbes, Voltaire e Diderot, defendiam a liberdade ilimitada das pessoas, bem como a condição de igualdade para com o seu semelhante. Para os filósofos iluministas, a lei nada mais era do que a exteriorização da soma democrática das vontades individuais.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a volitividade humana era considerada absoluta, sendo este o principal argumento para a liberdade do indivíduo perante o Estado liberal, que apenas deveria intervir na liberdade individual nas hipóteses em que esta fosse exercida de maneira antagônica aos interesses da sociedade⁹².

A Declaração preocupou-se com a defesa da liberdade e da igualdade dispondo que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”(art. 1º.)⁹³, se constatando assim a forte influência de Rosseau para quem “o homem nasceu livre, e por toda a parte geme agrilhado”⁹⁴

⁹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Ibidem*. p. 243.

⁹² *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-a%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 17

A liberdade de contratar representada pela autonomia da vontade significava a eliminação dos vínculos coletivos, de corporação de 'Estado', que na sociedade antiga aprisionavam os indivíduos num emaranhado de limitações legais que lhes precludiam a completa expansão de suas iniciativas, das potencialidades produtivas, em epítome, de suas personalidades, caracterizando uma organização econômico-social fechada, precariamente dinâmica⁹⁵.

Em sentido prático, a liberdade de contratar significava a livre possibilidade, para a burguesia, de adquirir bens das antigas classes dominantes, possuidoras improdutivas da riqueza, e a livre possibilidade de fazê-los frutificar através do comércio e da indústria.

Noutro enfoque, a igualdade perante a lei significava a paridade formal entre todos os indivíduos, sem quaisquer discriminações e privilégios, como ocorria em tempos anteriores, passando-se a sustentar que ante a ausência de desigualdades, o Código Napoleônico poderia se aplicar a todos, da mesma forma, sem qualquer exceção, deixando de existir a possibilidade de o indivíduo invocar ordenamentos jurídicos distintos para disciplinar esferas díspares de sua vida, conforme a modificação de seus interesses.

Tanto o *Code Civil des Français* quanto o Código Civil Brasileiro de 1916, não levaram em conta uma noção de igualdade substancial, econômica ou social, trazendo a ideologia de mera igualdade jurídica e formal, o que não foi concebido junto ao Código Civil Brasileiro de 2002, haja vista este dispor expressamente acerca da função social do contrato, que visa justamente a igualdade substancial das partes, e vai de encontro aos ditames constitucionais brasileiros de 1988.

Da *liberte e égalité* resultava a garantia da justiça dos contratos, vez que as partes eram iguais e livres para pactuarem entre si ou não, sendo a vontade das partes o suficiente para vincular econômica e socialmente os sujeitos envolvidos, assim, o que as partes contratassem seria *fraternité*, não podendo o Estado intervir na relação privada formada pelas partes, surgindo a expressão⁹⁶: “quem diz contrato diz justo”⁹⁷.

Neste escólio, considerava-se que tão somente as iniciativas

⁹⁵ THEODORO NETO, Humberto. Op. cit. p. 29.

⁹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 244.

⁹⁷ A expressão original é “*Qui dit contractuel dit juste*”, sendo conhecida como a fórmula sintética de Fouillée, à luz dos pensamentos de Kant.

individualizadas inteiramente espontâneas seriam eficazes para garantir a prosperidade e o equilíbrio social. A “mão invisível” do mercado se mostrava apta ao controle de preços através da livre concorrência, garantindo uma harmonização natural, que a intervenção do Estado poderia colocar em risco⁹⁸.

O espírito individualista e patrimonialista da Revolução Francesa inspiraram a teoria clássica do contrato adotada pelo Código Civil de 1916, que considerava apenas as condições de existência e validade dos contratos, ou seja, ao direito cabia a análise da concessão legal outorgada por sujeitos capazes, acerca de um determinado objeto ou obrigação determinada, por uma causa lícita.

Conforme se exporá quando da explanação da teoria geral dos contratos contemporânea, a liberdade de contratar e a igualdade formal entre as partes sai de cena, deixando de representar o antigo sinônimo de justiça em si imbuído. A partir de então, considera-se não apenas o caráter privado do contrato, mas também o comunitário, visto que as transações econômicas devem garantir o desenvolvimento econômico, contudo, não em detrimento dos interesses sociais.

3.1.3 A Exigência de Segurança Jurídica – Intangibilidade dos Contratos Clássicos e o *Pacta Sunt Servanda*

Além da adoção dos pressupostos de igualdade formal e liberdade de pactuação, o contrato clássico trazia junto a si a exigência de segurança jurídica.

Visando garantir a segurança jurídica o contrato era considerado intangível, visto que a única forma de alteração do seu conteúdo era a celebração de um novo acordo de vontade entre as partes, sendo inadmissível a alteração do pacto unilateralmente, ainda que por via judicial, exceto nas situações de caso fortuito ou força maior⁹⁹.

Esta intangibilidade contratual, além de garantir a segurança jurídica, buscava a estabilidade das relações econômicas, que consistia num dos principais objetivos da burguesia no período pós-revolução.

A idéia burguesa na pós-revolução era a de circulação de bens e serviços, visando o próprio desenvolvimento econômico, contudo, era necessário

⁹⁸ FLOUR, Jacques. AUBERT, Jean Luc. **Les obligations**. v. 1. 5. ed. . Paris: Armand Colin, 1977. p. 77.

⁹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 246.

que o escopo fosse intentado de forma segura.

Atrelado à autonomia da vontade e principalmente à intangibilidade contratual encontrava-se o princípio da força obrigatória dos contratos, conhecido como *pacta sunt servanda*. A vinculação entre estes se dava pelo fato de que uma vez que as partes se comprometiam umas com as outras obrigavam-se a cumprir o acordado, ou seja, celebrado o pacto este passava a ter força jurídica vinculante, podendo as partes se liberarem, em regra, apenas por intermédio do pagamento ou pelo distrato, celebrando um novo acordo com o objetivo de extinguir as obrigações estabelecidas no contrato anterior.

No Código Napoleônico, o *pacta sunt servanda* foi formulado como norma, prevendo que os contratos faziam lei entre as partes. Na época, o cumprimento de um pacto era condição para que a circulação de bens e serviços proporcionasse o desenvolvimento econômico do credor e não lhe frustrasse suas expectativas de ganho¹⁰⁰.

Assim, o contrato deveria ser cumprido a qualquer custo, sendo direito do credor invocar a intervenção estatal para que este compelissem o devedor ao cumprimento do acordado, isto é, o contrato possuía validade e eficácia de lei entre as partes.

3.1.4 O Princípio da Relatividade dos Efeitos

Distinto princípio de suma importância na teoria clássica dos contratos é o princípio da relatividade dos efeitos (*res inter alios*).

Segundo este postulado, o contrato tem seus efeitos limitados às partes que o celebraram (efeitos internos), ou seja, a relação contratual se transforma em relação oponível perante terceiros, dentro da relação obrigacional, servindo como forma de defesa dos termos pactuados e de sua execução¹⁰¹.

No *Code Napoléon*, diversos artigos trataram acerca do princípio da relatividade e da restrição dos efeitos do contrato à esfera jurídica das partes.

¹⁰⁰ THEODORO NETO, Humberto. Op. cit. p. 29.

¹⁰¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

O art. 1.165 do Código Civil francês¹⁰² disciplinava que “as convenções produzem efeito somente entre as partes contratantes; não prejudicam nem beneficiam terceiros, a não ser o caso previsto no artigo 1.121”.

Por sua vez, o art. 1.121 do mesmo Codex trazia em seu bojo a disposição de que se pode igualmente proporcionar benefício a terceiros, quando o contrato beneficiar os contraentes; quem firmou este contrato não pode revogá-lo se o terceiro anuiu com o benefício¹⁰³.

Em verdade, não se antevê nestes dispositivos legais uma exceção ao princípio da relatividade, visto que não admitia que o contrato beneficiasse ou vinculasse a terceiro sem o seu consentimento, noutro viés, queria significar um reforço a este princípio, haja vista que vinculava o terceiro apenas com a sua anuência, e posteriormente tornava este ato irrevogável.

O fato é que o terceiro não podia ver-se atrelado por uma manifestação de vontade que não proferiu, como bem explica o doutrinador francês Pothier em sua obra traduzida para o espanhol:

A obrigação que nasce das convenções e o direito que delas resulta, sendo formado pelo consentimento e o concurso de vontades das partes, não pode obrigar um terceiro, nem atribuir direito a um terceiro, cuja vontade não foi considerada para a formação da convenção¹⁰⁴.

De uma forma mais genérica o *Code Napoleón* previa em seu art. 1.134 que “as convenções legalmente formadas fazem as vezes da lei para aqueles que as celebraram”¹⁰⁵, sendo este dispositivo uma clara manifestação normativa do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, significando que a força vinculante do contrato não se manifestava perante quem não é englobado pela relação contratual, ao menos em regra.

¹⁰² Texto original em francês: “Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article. FRANCE. **Code civil des français**. Loc. cit.

¹⁰³ Texto original em francês: “On peut pareillement stipuler au profit d’un tiers, lorsque telle est la condition d’une stipulation que l’on fait pour soi-même ou d’une donation que l’on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter”. Idem.

¹⁰⁴ No original: La obligación que nace de las convenciones y el derecho que de ellas resulta, siendo formado por el consentimiento y el concurso de las voluntades de las partes, no puede obligar a un tercero, ni dar derecho a um tercero, cuya voluntad no há concurrido a formar la convención. PORTIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Tradução da edição francesa de 1824. Buenos Aires: Editora Heliasta, 1993. p. 58.

¹⁰⁵ Texto original em francês: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”. FRANCE. **Code civil des français**. Loc. cit..

Conforme narrado anteriormente, o contrato trazia em si o binômio indivíduo/patrimônio, assim, o contrato era tido como relação abstrata de conteúdo patrimonial envolvendo as partes que o celebravam, individualmente considerados, sem qualquer observância ao contexto, necessidades e direitos coletivos. A coletividade ainda possuía o ônus de não interferir em qualquer relação contratual, devendo-se abster de qualquer intervenção, para “terceiros” era como se o contrato não existisse.

Desta forma, os efeitos do contrato, no âmbito jurídico, ficavam adstritos às partes, exceto nos casos de transmissões *inter vivos* e *causa mortis* das obrigações, não devendo e não podendo a coletividade interferir de qualquer forma na relação contratual, mesmo que seus efeitos externos lhes refletissem negativamente.

Da narrativa se depreende que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato adotado pelo Código Civil de 1916, embora não encontrasse previsão legal expressa, foi totalmente inspirado no Código Napoleônico.

Hodiernamente, com a elaboração da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o escopo do princípio da relatividade dos efeitos do contrato ainda é o de limitar os efeitos externos do contrato, sendo o postulado compreendido no sentido de que ninguém poderá ser compelido a executar uma obrigação que não foi por si contraída, contudo, esta regra possui exceções previstas pelo próprio *Codex civilista*: a estipulação em favor de terceiros, a promessa de fato de terceiro e o contrato com pessoa a declarar.

A estipulação em favor de terceiro¹⁰⁶ encontra albergue no art. 436 e seguintes do Código Civil¹⁰⁷, referindo-se a ato de natureza extremamente contratual, onde uma parte convencionou com o promitente, que deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica-base.

Caio Mário assim define esta modalidade contratual em favor de

¹⁰⁶ A distinção entre parte e terceiro é tratada no item 3.2.1.

¹⁰⁷ Art. 436. O que estipular em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não inovar nos termos do art. 438. Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor. Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante. Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Brasília, DF, 2002.

terceiros:

Origina-se da declaração acorde do estipulante e do promitente, com a finalidade de instituir um *iuris vinculum*, mas com a peculiaridade de estabelecer a obrigação de o devedor prestar em benefício de terceira pessoa, a qual, não obstante ser estranha ao contrato, se torna credora promitente¹⁰⁸.

A legislação¹⁰⁹ prevê ainda a possibilidade de fato de terceiro, que trata da possibilidade de estabelecimento de uma declaração de vontade na afirmação da realização de um ato por terceiro, consistindo em um negócio jurídico em que a prestação acertada não é exigida do estipulante, mas sim de um terceiro, estranho à relação jurídica contratual, o que por evidente, flexibiliza o princípio da relatividade dos efeitos do contrato¹¹⁰.

Outra modalidade é o contrato com pessoa a declarar, prevista no artigo 467 do Código Civil¹¹¹, que também se consubstancia em uma promessa de prestação de fato de terceiro, que será o titular dos direitos e obrigações decorrentes do pacto, caso aceite a indicação realizada, a partir do momento em que o acordo foi celebrado, como preleciona Orlando Gomes:

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: forense, 2001. p. 65.

¹⁰⁹ Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar. Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens. Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação. BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Loc. cit.

¹¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Opus citatum. p. 149.

¹¹¹ Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes. Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado. Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato. Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado. Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários: I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la; II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação. Art. 471. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários. BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Loc. cit.

Trata-se de contrato no qual se introduz a cláusula especial *pro amico eligendo* ou *pro amico electo*, pela qual uma das partes se reserva a faculdade de nomear quem assuma a posição de contratante. A pessoa designada toma, na relação contratual, o lugar da parte que a nomeou, tal como se ela própria houvesse celebrado o contrato. O designante sai da relação sem deixar vestígios. Em suma, o contraente *in proprio* nomeia terceiro titular do contrato¹¹².

Como exposto, este princípio não alberga mais o efeito absoluto como outrora, comportando exceções, sendo errônea sua interpretação sob a ótica do liberalismo, sobretudo em virtude dos novos princípios que passaram a integrar a contemporânea teoria geral dos contratos, ótica que será explanada de forma pormenorizada ainda neste estudo.

3.1.5 O Papel do Estado Junto ao Contrato Clássico

Análogo ao papel da sociedade era o papel do Estado.

A atuação do Estado junto ao contrato apenas não era idêntica ao desempenho da coletividade, que devia se abster de qualquer interferência, porque este possuía o encargo de compelir a parte inadimplente ao cumprimento do acordado, entretanto, não lhe era permitido questioná-lo, afinal “quem diz contrato, diz justo” e, uma vez que as partes, em condições de igualdade, mesmo que esta fosse na grande maioria das vezes meramente formal, pactuassem entre si, de acordo com a sua livre escolha, o contrato era necessariamente justo, não havendo motivos para a atuação estatal, o que pode ser resumido pela expressão francesa utilizada para fundamentar o Estado Liberal, *laissez faire, laissez paissier*, que em tradução literal, significa *deixai fazer, deixai passar*.

No período pós-revolução se almejava o fortalecimento do indivíduo, seus direitos civis e sua liberdade, buscando extirpar qualquer traço do deixado Estado Absolutista, invasivo e ofensor dos direitos individuais, assim, o Estado Liberal possuía o papel de total abstenção, interferindo na relação contratual somente quando invocado por uma ou ambas as partes, quando da ocorrência do inadimplemento ou descumprimento do acordo.

¹¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 166.

3.2 O CONTRATO CONTEMPORÂNEO – NOVA REALIDADE

Em tópico anterior verificou-se que o contrato clássico detinha como pedra angular a autonomia da vontade e a igualdade formal entre as partes. Por evidente que isso impulsionou o crescimento econômico e trouxe benefício ao Estado Liberal, contudo, como bem afirma Eduardo Sens dos Santos “a sociedade muda e com ela deve mudar o direito, porque não se pode pretender impor a determinada sociedade um direito lastreado em valores que já não mais existem”¹¹³.

No início do século XX o capitalismo entrou em crise. No mesmo período ocorreram duas grandes guerras mundiais e houve a concentração de capitais na politização das massas exploradas, realçando a insuficiência de um frágil esquema privado.

Em 1929 ocorreu a quebra da Bolsa de Valores de Nova York e houve falência generalizada de inúmeras empresas espalhadas por todo o mundo, elevando gravemente os já altos índices de desemprego. Assim, o desequilíbrio das relações econômicas se agravou, realçando a injusta repartição de riquezas em contraposição aos interesses da classe operária, que reivindicava humilhanamente por trabalho, sua única fonte de sustento. Neste cenário eclodiram os primeiros movimentos de massa das classes operárias que pugnavam por melhorias de condições de vida e de trabalho¹¹⁴.

Ante o caos descrito, tornou-se necessária a criação de uma sistema de garantias e defesas com escopo duplo: o de obstar que os menos favorecidos fosse espoliados pelos que detinham maior poderio econômico, e o de assegurar a predominância dos interesses sociais sobre os individuais.

E foi assim que surgiu o *Welfare State* (Estado Providência ou Estado do Bem-estar Social), que passou a intervir na economia no intuito de promoção da justiça social, do que decorreu logicamente a intervenção deste no contrato, que até então atendia unicamente os interesses individuais – geralmente de uma classe melhor favorecida financeiramente – e não o interesse geral de toda a sociedade.

Esta intervenção estatal no contrato, que foi denominada como

¹¹³ SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**, v. 4, n. 13, jan/mar, 2003, p. 99.

¹¹⁴ MARTINHO, Geraldo. **Função social do contrato na dinâmica constitucional**. Espírito Santo: Ex Libris, 2008. p. 122.

dirigismo contratual¹¹⁵, passou a se dar por intermédio da aplicação de leis de ordem pública, interferindo na autonomia privada em benefício do interesse coletivo, ou através de intervenção judicial no contrato, contendo seus efeitos, impedindo a ocorrência de lesão a qualquer uma das partes ou a terceiros.

Ou seja, o Estado passou a invadir a autonomia privada, primeiramente através da elaboração da lei e num segundo momento por meio da intervenção judicial, passando a externar uma preocupação com a igualdade real entre as partes e a dignidade humana.

O doutrinador Cláudio Godoy bem narra em sua obra a transição do Estado Liberal para o *Welfare State*:

Foi diante desse quadro que se deu a travessia do Estado Liberal para o Social. Em instante em que se passou a exigir do estado um diverso papel no campo jurídico – que fosse não apenas de proteção do direito, inclusive por meio da repressão à sua violação (estado “garantidor”), mas sim e também contemplativo de uma função positiva, de promoção de objetivos determinados (Estado “dirigista”) - novos valores ganham relevo, na esfera dos contratos, particularmente mercê do fenômeno do dirigismo contratual, em que o Estado intervém, por meio do legislador e do juiz, para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os indivíduos.¹¹⁶

No âmbito nacional, o contrato contemporâneo é o presente na esfera civil posteriormente à publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que promoveu o fenômeno da repersonalização¹¹⁷, do que decorreu a despatrimonialização do Direito Civil¹¹⁸, colocando o indivíduo no centro das

¹¹⁵ Vide nota de rodapé 82.

¹¹⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. Os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

¹¹⁷ O doutrinador português Orlando Carvalho ao tratar da repersonalização do Direito Civil ou da polarização da teoria em volta da pessoa, reconhece a supremacia da pessoa humana e de seus direitos imanentes, os quais devem ocupar o topo do ordenamento jurídico, argumentando que o fenômeno trata de “repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*, não como actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação”. CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites (nota prévia). 2ª. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 10. Para Cortiano Júnior o fenômeno da repersonalização “vai se impondo como uma resposta à ordem criada e que não mais se encaixa na moldura dos fatos, e tampouco nas esperanças do homem”, vez que “o direito não está mais apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, mas também seu sentido e sua finalidade são a proteção da pessoa. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos aos chamados direitos da personalidade. *In* FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 41.

¹¹⁸ Esclarecendo a terminologia, Leonardo Mattietto argumenta que “com a despatrimonialização do direito civil, não se pretende a eliminação do aspecto econômico das relações jurídicas (nem poderia haver algo semelhante), mas uma mudança de consciência, que se afirma em prol do

preocupação do Direito, instituindo a dignidade da pessoa humana¹¹⁹ e o solidarismo¹²⁰ como pilares axiológico básicos do sistema¹²¹.

O professor Eroulths Cortiano Júnior se manifesta com relação a despatrimonialização do direito civil da seguinte forma:

personalismo, em detrimento do patrimônio como um fim em si mesmo. A exigência de proteção da pessoa humana não visa a oprimir a iniciativa econômica, mas funcionalizá-la nesse sentido. MATTIETTO, Leonardo. A Constituição e o direito civil: reflexões sobre o direito civil constitucional. In: **Revista de Direito Processual Civil**, n. 54, Rio de Janeiro, 2001, p. 202. A despatrimonialização do Direito Civil pode ser observada no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, que instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III – a dignidade da pessoa humana. Ou seja, houve a valorização do ser humano como centro das relações jurídicas, aderindo a Carta Constitucional a valorização do “ser” em detrimento do “ter”. A despatrimonialização do Direito Civil também pode ser observada no que tange à propriedade, que é garantida no art. 5º, inciso XXII – é garantido o direito de propriedade; entretanto, este direito à propriedade não é intangível, haja vista que o art. 170, inciso III prevê que a ordem econômica observará a função social da propriedade; já no art. 186, estabelece que a a função social da propriedade rural só será cumprida quando atender as seguintes requisitos: “ter o aproveitamento racional e adequado da terra; utilizar-se adequadamente dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observar as disposições que regulam as relações de trabalho; e, por fim, a exploração deve favorecer o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores”. BRASIL. **Constituição Federal**. Loc. cit. Neste sentido Gustavo Tepedino acrescenta que “com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e marginalização e de redução de desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º. do art. 5º., no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 48.

¹¹⁹ O Direito Privado abandona o perfil atual, não mais se fundando na valoração da propriedade ou das rendas, mas sim no ser humano e seus direitos fundamentais, ou seja, “a propriedade e a renda são agora encaradas como instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana”. PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. In **RFD/UERJ**, n. 6 e 7, Renovar, 1998/1999, p. 66.

¹²⁰ O solidarismo encontra representação junto ao art. 3º da Carta Magna, como fundamento da República. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL. **Constituição Federal**. Loc. cit.

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. In **Anima – Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, vol. V, Curitiba, 2013, p.10. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em 21/03/2013. No mesmo sentido TEPEDINO, Gustavo. Opus citatum. p. 75. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 32.

No âmbito do direito privado deixa-se (*rectius*: está se deixando) atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. O direito civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si. Neste sentido, revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor dos interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa¹²².

Logo, esta despatrimonialização do Direito Civil, nos dizeres de Antônio Junqueira de Azevedo “impõe ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”¹²³.

Com a introdução da dignidade da pessoa humana e da solidarização no contrato, o instituto passou a ser um instrumento jurídico de concepção social, que considera, além da manifestação de vontade das partes, também os efeitos que o pacto causará na sociedade, ou seja, ato contínuo a volitividade dos contraentes concorrem valores e princípios que, mesmo não estipulados ou visualizados por estes, são impostos pelo próprio ordenamento jurídico, relegando desta forma o princípio da liberdade de contratar para segundo plano.

A partir de então o contrato deixa a intangibilidade da vontade dos contratantes que, em regra, atendia unicamente aos interesses destes, para primar pelo real equilíbrio e pela boa-fé objetiva entre as partes, bem como dar vasão também ao atendimento da função social que deve desempenhar junto à coletividade, qual seja, a promoção do bem comum¹²⁴.

Tem-se que o contrato contemporâneo refere-se a um negócio jurídico através do qual as partes declarantes, norteadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia privada de suas próprias vontades.

Neste linear, pode-se antever a chamada fase pós-moderna do

¹²² CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Op. cit. p. 32-33.

¹²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 750. abri. 1998. p. 116.

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 47.

contrato, que se enquadra dentro da pós-modernidade do Direito.

Com a globalização, a ganância empresarial ganhou o mercado internacional, impulsionado pela evolução das formas de comunicação, pela manifestação das relações sociais e pelo enfraquecimento das fronteiras geográficas formais. A globalização trouxe uma nova visão social, o indivíduo passa a pertencer ao mundo, ato contínuo este também passa a lhe pertencer. Esta situação desencadeou a necessidade de uma nova visão jurídica, passando o direito a atuar como um verdadeiro promotor de valores socialmente relevantes, representando uma verdadeira descoberta de sua função social¹²⁵.

A narrativa pós-moderna reflete a aptidão do ordenamento jurídico de criar uma nova forma de comunicação por intermédio de sistemas normativos, superando o método tradicional de previsão de condutas específicas. A partir da pós-modernidade, as normas narrativas trazem valores, auxiliando no desenvolvimento do direito, estabelecendo orientações à sociedade e ao intérprete da norma. Um bom exemplo disso encontra-se no âmbito do Direito Internacional, as chamadas *soft laws*, no contexto de proteção ao meio ambiente¹²⁶.

No âmbito das relações privadas, o direito brasileiro passou a consolidar novos valores como a função social da propriedade, da empresa e do contrato, tendo em vista a alteração do estilo de vida da sociedade, que passou a ter novas necessidades.

Neste contexto, no que tange à teoria dos contratos, a pós-modernidade está a exigir do instrumento e de sua principiologia contratual que concretize, ao mesmo tempo, a realização da vontade das partes envolvidas, sua utilização como instrumento adequado a troca e cooperação de mercado e ainda obtenha a harmonia com os demais valores cultuados pelo ordenamento social considerado em sua totalidade. Conforme bem destaca Cláudia Lima Marques¹²⁷,

¹²⁵ XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Tese de doutorado apresentada à UFRGS. Porto Alegre, 2006. p. 90-92.

¹²⁶ JAIME, Érick. Diálogos com a doutrina. **Entrevista concedida pelo autor à RTDC**, ano 1, n. 3., julho-setembro 2000, p. 292.

¹²⁷ Cláudia Lima Marques sustenta que “para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação, e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. Este fenômeno aumentaria a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito. Fenômeno contemporâneo à globalização e à perda da individualidade moderna, assegura novos direitos individuais à diferença, destaca os direitos humanos, mas aumenta o radicalismo e o

atualmente o contrato não serve exclusivamente como instrumento de circulação de riquezas, mas é sobretudo um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização de paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado¹²⁸.

Desta forma, o contrato, dentro desta fase pós-moderna, deve ser visto sob uma nova perspectiva, priorizando o bem estar comum, deixando de primar pelo indivíduo isolado em si, valorizando os corolários constitucionais e civis, sempre com vistas ao respeito dos direitos fundamentais do cidadão, de todos os cidadãos.

Ante os fatores esposados pode-se assertar que sob o prisma civil-constitucional o contrato apenas se consolidará socialmente quando utilizado de forma a conciliar interesses opostos, visando a satisfação dos interesses das partes, o desenvolvimento econômico e principalmente a pacificação social, sendo esta a principal visão que se tem do contrato contemporâneo, que sobreveio para a satisfação de uma nova realidade.

3.2.1 O Destinatário Variável do Conceito Contemporâneo de Contrato

Diferentemente do destinatário do contrato clássico, o sujeito de direito idealizado como destinatário do contrato contemporâneo é totalmente variável e flexível, de modo que pode ser composto por diferentes maneiras e conjunturas de atuação, como por exemplo as representações do consumidor, do fornecedor, do empregado e do empregador, do Estado, dentre tantos outros potenciais sujeitos que podem figurar em um dos pólos do pacto.

Sob um olhar distinto, o contrato deixou de se destinar a um “único” sujeito, qual seja, o contratante-proprietário-pai de família-burguês e adotou como destinatários inúmeros sujeitos com perfis variados.

Importa ainda mencionar que no campo dos destinatários dos contratos, a circulação de riquezas pessoais não pode ser priorizada em detrimento dos direitos da sociedade como um todo, haja vista que o interesse individual deve

conservadorismo acríptico das linhas tradicionais”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. v. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 168/169.

¹²⁸ Idem, p. 180.

obrigatoriamente se amoldar ao interesse coletivo¹²⁹. E justamente em decorrência desta questão há que se ressaltar que a definição de “parte” é completamente antagônica ao conceito de “terceiro”, que de certa forma, em conjunto, são os indivíduos que compõem a “coletividade”¹³⁰.

A *priori*, tem-se que a definição de parte não se confunde com as de pessoa física ou jurídica. De acordo com Francesco Messineo o mais correto seria identificar o conceito de parte como “centro de interesses objetivamente homogêneos”¹³¹.

Tanto as partes consistem num centro de interesses que um pólo contratual, ou ambos, pode ser composto por várias pessoas, ou seja, a despeito da relação pactual ser formada geralmente por duas partes, não significa que contratante e contratado se resumirão somente a duas pessoas.

O acordo consiste num ato jurídico, que por sua própria natureza se realiza através da manifestação de vontade, sendo partes os indivíduos que compõem o pólo ativo e passivo deste. Assim sendo, ficam excluídos os sujeitos que, embora próximos ao contrato, não manifestam suas vontades quanto ao conteúdo da convenção, sendo impossível a formação direta do vínculo.

No que tange ao termo “terceiro” tem-se uma expressão de uso bastante profuso junto ao contexto jurídico, entretanto, não há uma aplicação uniforme que pacifique o seu conceito. De acordo com Tereza Negreiros, “até mesmo as referências legais contidas no Código Civil Brasileiro¹³² caracterizam-se pela heterogeneidade, não sendo possível, à partida, proceder-se a uma delimitação deste conceito com base no uso que lhe reserva o legislador”¹³³.

O fato é que o termo “terceiro” não possui um significado único, podendo se referir, em matéria contratual, a quem não é parte e que mesmo assim pode sofrer ou não os seus efeitos, desta feita, a forma mais prudente de conceituar o termo se dá de forma negativa, ou seja, o terceiro deve ser considerado como um

¹²⁹ O interesse coletivo refere-se ao respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos de toda a sociedade. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 45.

¹³⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 245.

¹³¹ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contracto**. Tomo I. Tradução da 3. ed. italiana. Buenos Aires: EJEA, 1986, p. 74.

¹³² O Código Civil faz menção ao “terceiro” nos arts. 148 e 1.212; ao “terceiro de má-fé”, no art. 879, parágrafo único; e ao “terceiro de boa-fé”, no art. 814, §1º, dentre tantos outros artigos.

¹³³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 238.

sujeito que não se apresenta como parte na pactuação, uma vez que não contratou tampouco sucedeu qualquer dos contraentes.

Em resumida epítome, contemporaneamente o contrato detém destinatários/sujeitos variáveis, sem qualquer característica específica, sendo os contraentes denominados “partes”, ao passo que os sujeitos que de qualquer outra forma sejam afetados pelos efeitos contratuais sem que tenham tido qualquer participação na pactuação ou tenham sucedido uma das partes, são intitulados como “terceiros”.

3.2.2 A Segurança Jurídica e a Exigência de Justiça Contratual

É fato que a segurança jurídica permanece se coadunando como valor imprescindível ao meio social e econômico, bem como ao direito, entretanto, outros valores ganharam destaque na ordem civil constitucional obrigacional: a justiça e equidade contratual.

A ordem civil constitucional brasileira deixou de ser conservadora adotando uma postura dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária, deixando a segurança jurídica de ser valor absoluto junto a teoria dos contratos cedendo seu antigo lugar à equidade e ao equilíbrio do pacto, ou seja, à verdadeira justiça nas relações negociais, sendo estes elementos denominados como princípio do equilíbrio econômico do contrato.

O princípio do equilíbrio econômico do contrato consagra a noção de que “o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante”. Em essência, o princípio visa alcançar o justo equilíbrio do contrato, ou seja, a justiça contratual, tendo inclusive matriz constitucional, haja vista suas raízes estarem fincadas junto ao princípio da igualdade substancial¹³⁴, previsto no art. 3º., inciso III da Constituição Federal¹³⁵

Partindo da premissa da efetivação do princípio da igualdade

¹³⁴ NEGREIROS, Teresa. Op. cit. p. 158.

¹³⁵ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

substancial tem-se a tormentosa discussão acerca do que seria tido como “relação contratual justa”, o que não quer significar exatamente uma paridade das partes com relação às vantagens econômicas obtidas. A justiça contratual aporta a sua incidência sobre o programa contratual, sendo empregada na comparação de benefícios e encargos atribuídos a cada um dos pactuantes, visando sempre o resguardo do contraente vulnerável.

A doutrinadora Cláudia Lima Marques sintetiza a questão do equilíbrio contratual sustentando que a noção de justiça deve ser a mais ampla possível, uma vez que se almeja o reequilíbrio total da relação contratual, inclusive com relação ao tratamento leal e digno, que em verdade se apresenta como a única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que nada mais é do que a base funcional que origina a troca econômica¹³⁶.

Castanheira Neves bem traduz o espírito do equilíbrio contratual ao lecionar sabiamente que a “verdadeira justiça só será a que se recusa a cobrir com equilíbrio aparente das justificações formais as verdadeiras injustiças dos desequilíbrios reais”¹³⁷.

O equilíbrio contratual pode ser representado por aquilo que é razoável em matéria de concessões do contratante vulnerável, garantindo que nenhuma das partes será lesada com a pactuação do contrato.

Desta forma vislumbra-se que o princípio da segurança jurídica evoluiu. Evidente que a segurança permanece sendo imprescindível para a realização pactual, contudo a convenção não é mais imutável e irreversível como na Teoria Clássica, como bem esclarece Monica Bierwagen:

A suavização do princípio da obrigatoriedade, no entanto, não significa o seu desaparecimento. Continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo contrato, tanto que o Código Civil de 2002, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade, não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. O que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra em proveito injustificado.¹³⁸

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 289.

¹³⁷ NEVES, A. Castanheira. *Apud* NEGREIROS, Teresa. Op. cit. p. 156.

¹³⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.

O que a teoria contemporânea do contrato não tolera é a obrigatoriedade contratual quando as partes encontram-se em patamares distintos e isso desencadeia o proveito injustificado para um dos contratantes. Todas as vezes em que o equilíbrio e/ou a justiça contratual forem feridos, inclusive afetando os interesses da coletividade, incumbe ao Poder Judiciário intervir na convenção buscando sempre preservar o caráter sinalagmático do vínculo contratual, com vistas a garantir a justiça e a igualdade contratual.

3.2.3 O Contrato como Vínculo de Cooperação

A conceituação inicial de contrato, como anteriormente exposta, residia no acordo de vontade entre partes detentoras de interesses opostos, consistindo no instrumento por meio do qual se realizava a circulação de bens num mercado onde a livre iniciativa era a regra, porém, com a evolução das necessidades sociais, passou o pacto a ser encarado também como um vínculo de colaboração, afinal as partes envolvidas possuem interesses comuns, dependentes da atuação recíproca.

Em seu artigo *Função Ambiental do Contrato*, Roxana Borges bem apresenta a idéia do vínculo de colaboração no contrato:

A satisfação dos interesses de uma das partes depende de atuação da outra, como antes. Mas se alguém propõe a, em contrapartida ao atendimento de seus interesses, praticar ação direcionada à satisfação dos interesses de outrem, aquele alguém deve atuar colaborando, cooperando para que o contrato atinja seus fins, que são de interesses de ambos. Não é possível, na ordem jurídica atual, admitir-se que alguém se proponha a compor uma relação contratual e atue contrariamente à consecução dos fins daquele vínculo, assim como não se admite que um contrato bilateral e oneroso produza vantagens para apenas uma das partes¹³⁹

O vínculo de colaboração é um dos deveres instrumentais do princípio da boa-fé que atua como uma fonte autônoma de direitos e obrigações, não se restringindo à vontade das partes, tampouco ao texto de lei.

As partes que pactuaram o acordo devem agir de forma solidária e colaborativa, de maneira com que sejam atendidos os interesses de todos os contratantes. O vínculo de cooperação, além de intrinsecamente relacionado ao

¹³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 247.

princípio da boa-fé traduz o verdadeiro espírito do contrato, qual seja, o atendimento de interesses dos pactuantes que dependem da parte contratada, que é o que gerará o desenvolvimento econômico.

Neste diapasão, tem-se que a colaboração das partes é indispensável para a realização dos escopos de toda e qualquer espécie de contrato.

3.2.4 As Versões Atuais dos Antigos *Slogans*: Igualdade Substancial e Autonomia Privada

A principal característica do estágio de desenvolvimento que atingiu o capitalismo no século XX, em relação às operações econômicas, foi a idéia de massificação, o que inevitavelmente refletiu na esfera contratual, vez que em razão do rápido crescimento da economia, surgiram novas técnicas de pactuação, que culminaram na elaboração de contratos de massa, padronizaram as cláusulas convencionais e despersonalizaram os contratantes.

Esse modelo massificado das relações contratuais passou a fomentar uma série de desequilíbrios entre as partes, haja vista que todas as vezes que um dos contratante necessitava do bem contratual via-se compelido a aderir as cláusulas pré-estabelecidas do pacto, do que emergiu as cláusulas abusivas.

Assim, a liberdade de escolha do contratante e até mesmo a própria liberdade de pactuar deixou de existir, sendo a própria manifestação da vontade por vezes irrelevante ou pelo menos ineficaz, em face da disposição legal. Embora a liberdade e a igualdade estivessem asseguradas teoricamente, na prática, o desequilíbrio contratual era manifesto, do que emergiu a crise contratual¹⁴⁰, que exigiu a modificação dos significados das idéias de liberdade e igualdade¹⁴¹.

No Brasil a crise contratual passou a ser atenuada com a edição de um novo fundamento de validade da ordem jurídica, ou seja, com a elaboração de uma nova Constituição Federal em 1988, que passou a ocupar efetivamente o centro do ordenamento jurídico nacional, introduzindo dentre tantas outras modificações a alteração dos significados de igualdade e liberdade, visando a

¹⁴⁰ Para muitos o que foi denominado de crise do contrato era, em verdade, a crise do dogma da autonomia da vontade. Neste sentido: LÓPEZ Cabana, Roberto M; ALTERINI, Atilio. **La autonomía de la voluntad em el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 14.

¹⁴¹ Da crise contratual emergiu a fase pós-moderna do contrato abordada no tópico 3.2.

adequação do pacto ao contexto sócio, econômico e cultural de uma nova sociedade.

Anteriormente à crise contratual, durante o contrato clássico, a autonomia privada significava poder de autodeterminação, sendo o pacto eleito como instrumento pelo qual este poder era exercido pelos interessados, sendo verdadeiro fundamento do *pacta sunt servanda*, tendo seus únicos limites derivados da ordem pública, dos bons costumes e da lei. Paralelamente, a separação entre o setor público e o setor privado era regra, excluindo-se quaisquer intervenções do Estado na relação entre eles.

Já na teoria contratual contemporânea, a autonomia abandonou seu sentido voluntarista clássico, trasmutando-se em uma autonomia que, embora privada, carrega toda a axiologia do ordenamento jurídico, ou seja, o estabelecimento de regras jurídicas nas relações contratuais não estão adstritas intangivelmente aos anseios dos contratantes, mas na declaração de vontades que estiver devidamente autorizada pelo ordenamento jurídico, tanto no que se refere à sua forma, quanto ao seu conteúdo, capacidade e legitimação dos sujeitos, bem como cumprir com sua finalidade social.

A este respeito bem se posiciona o doutrinador italiano Massimo Bianca:

(...) o juízo sobre o merecimento do interesse não pode prescindir da escolha constitucional no sentido de que a iniciativa privada é livre mas pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de modo a induzir dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. Estes dois princípios excluem o retorno à antiga concepção liberal do contrato, e indicam que a causa deve ser ao menos compatível com o que seja socialmente útil. A causa, pois, não se pode reputar merecedora de tutela quando o interesse perseguido não resulta conforme as exigências da comunidade, relevantes segundo os parâmetros constitucionais.¹⁴²

Entretanto, mister ressaltar que a autonomia privada espontânea, livre e soberanamente expressada de acordo com as disposições do ordenamento

¹⁴² BIANCA, Massimo. **Diritto civile: il contratto**. v. 3. Milano: Giuffrè, 1987. p. 432. No original: “il giudizio sulla meritevolezza dell’interesse no può poi prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l’iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Uesti due principi escludono il ritorno all’antica concezione liberale del contratto, e indicano che la causa dev’essere quando meno compatibile com l’utile sociale. La causa, cioè, non può reputarsi meritevole di tutela quando l’interesse perseguito non risulta, conforme alle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali”.

jurídico, tanto nos primórdios, quanto atualmente, vincula, em regra, os contratantes nas obrigações por estes assumidas de forma voluntária¹⁴³.

Na mesma senda, a igualdade formal adotada outrora foi obrigatoriamente substituída pela igualdade substancial de fato, haja vista que vinha encontrando verdadeiras desigualdades entre os indivíduos, consolidando-se a premissa de Rui Barbosa de que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam (...) tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real”¹⁴⁴.

E foi desta forma, com a decadência do individualismo contratual e visando a real liberdade e igualdade sob a égide da dignidade da pessoa humana, que o Estado passou a intervir na atividade econômica¹⁴⁵.

Entretanto, é imperativo destacar que a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida dentro de uma esfera absoluta, não sendo imune a qualquer tipo de relativização no âmbito jurídico¹⁴⁶ como vem ocorrendo. Cada vez mais vem se utilizando o princípio como critério hermenêutico, ou seja, “como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normatividade infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana”, o que é tão reprovável como desrespeitá-la. A dignidade da pessoa humana não pode servir como mecanismo de legalização de atos arbitrários, ilícitos ou inadequados¹⁴⁷.

¹⁴³ GÓMEZ, José Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In NALIN, Paulo Roberto (Coordenação). **Contrato & Sociedade**. A autonomia privada na legalidade constitucional. v. 2. Curitiba: Juruá, 2006. p. 244.

¹⁴⁴ BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39.

¹⁴⁵ Ricardo Soares salienta entretanto que “os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também deve ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais. SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Revista da Universidade Federal de Santa Catarina**. Florianópolis, 2013, p. 5.

¹⁴⁶ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: MAURER, Beátrice et al. **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Organização). Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.

¹⁴⁷ Sarlet comenta ainda que não são poucas as decisões que mencionam tão-somente a violação da dignidade da pessoa humana, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos pelos quais determinada conduta (seja qual for sua procedência ou natureza) foi considerada como ofensiva à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba por constituir fator que mais desvaloriza do que valoriza a aplicação do princípio. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 80-81. No mesmo sentido Luís Virgílio Afonso da Silva ensina que: “No Brasil, em decorrência da banalização do uso da garantia da dignidade da pessoa humana,

Retomando a questão contratual, a intervenção da atividade econômica, impôs uma nova regulação para os contratos. Com as modificações substanciais impostas ao pacto o Estado ganhou legitimidade para intervir nas relações contratuais e esta atuação incorporou distintas formas, podendo estipular o conteúdo dos contratos ou parte destes, quer preventivamente, por intermédio da administração pública ou pelo legislador, quer sucessivamente pelo magistrado, através da revisão do convencionado, quando patente uma situação de desequilíbrio negocial.

A partir de então o Estado pode ainda determinar ou obstar a realização de determinadas espécies de negócios, bem detém legitimidade para interferir indiretamente no contrato, como por exemplo regulamentando um setor qualquer de produção ou atividade econômica, ao passo que o pacto sofrerá a intervenção estatal à medida em que o programa econômico estabelecido impor limites à liberdade de contratar (interferência na autonomia privada) ou ao seu conteúdo.

Se no passado foi necessário garantir a liberdade irrestrita ante o arbitrarismo do Estado que por muitas vezes incidia em barbáries, hodiernamente é indispensável que se estabeleçam limites razoáveis à autonomia privada em razão do crescente abuso por parte dos homens, que passaram a atribuir maior valor à propriedade privada do que à dignidade da pessoa humana.

3.2.5 A Revisão Judicial dos Contratos: A Possibilidade de Tangibilidade

O Código Civil Brasileiro de 1916 não fazia qualquer previsão à possibilidade de revisão contratual, contudo, motivados por necessidades econômicas e sociais, os tribunais construíram entendimento autorizador do procedimento.

Ante a necessidade, o Código Civil de 2002 sanou a omissão e

muitos casos de restrição a direitos fundamentais – às vezes nem isso – tendem a ser considerados como uma afronta a essa garantia. Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade humana, é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de um enorme “guarda-chuva”, embaixo do quais diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção”. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** 370 f. Tese do Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor Titular em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 225.

passou a prever esta possibilidade jurídica.

A priori destaca-se que a revisão judicial dos contratos não detém o escopo de extrapolar a vontade das partes que celebraram o acordo, do que naturalmente decorreria a insegurança jurídica no vínculo contratual, mas sim de (re)estabelecer o equilíbrio contratual, preservando o negócio jurídico e proporcionando a satisfação dos interesses das partes.

Sinteticamente, a revisão contratual visa o adimplemento do pacto de forma justa e equilibrada, sendo baseada em duas teorias principais, a Teoria da Imprevisão e a Teoria da Onerosidade Excessiva.

De acordo com a Teoria da Imprevisão¹⁴⁸, que retomou a existência da cláusula *rebus sic stantibus* – anterior à concepção desta teoria – , que preceitua que um contrato deve se manter em vigência enquanto permanecer o estado das coisas estipuladas no momento da pactuação, existem situações exteriores ao contrato, imprevisíveis pelas partes e não imputáveis a estas, que podem provocar reações diversas para os pactuantes onerando excessivamente um dos pólos da relação jurídica, desta feita, prevê o ordenamento jurídico¹⁴⁹ que o contratante prejudicado pode suscitar judicialmente a revisão contratual para rediscutir seus preceitos, ou seja, quando a convenção incidir em desequilíbrio superveniente, apresentando-se como uma verdadeira exceção ao *pacta sunt servanda*.

Para a aplicação da Teoria da Imprevisão é necessário que a própria vontade das partes tenha sido modificada, se consubstanciando em uma verdadeira tentativa de adaptar o contrato a novas circunstâncias imprevisíveis, respeitando a vontade dos contratantes. Contudo, para que haja possibilidade de revisão contratual é necessário que estejam presentes alguns requisitos que são bem

¹⁴⁸ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que “a “teoria da imprevisão” nada mais é do que a aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva, pois as partes devem buscar, no contrato, alcançar as prestações que originalmente se comprometerem, da forma como se obrigaram. Assim sendo, nem mesmo para a Administração Pública, quando estabelece contratos, conseguimos encontrar óbice para a sua aplicação, *modus in rebus*, em função das peculiaridades dos interesses envolvidos”. GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Opus citatum, p. 312.

¹⁴⁹ A Teoria da Imprevisão encontra respaldo jurídico nos seguintes artigos do Código Civil: *Art. 478*. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o vendedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. *Art. 479*. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. *Art. 480*. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterada o modo de executá-la, afim de evitar a onerosidade excessiva. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

descritos por César Fiuza:

1º. O contrato deve ser de execução futura. 2º.) Entre a celebração e a execução, deve ocorrer um fato imprevisível e extraordinário. Vimos que a imprevisibilidade não precisa ser absoluta, o mesmo ocorrendo com a extraordinariedade. 3º) O fato imprevisível e extraordinário deverá causar um ônus excessivo para uma das partes e uma vantagem extrema para a outra. Aqui também vale lembrar que o ônus excessivo é variável relativa. O que é oneroso para uns pode não ser para outros. Só diante do caso concreto, com todas as suas peculiaridades, esse ônus poderá ser aquilatado. Por outro lado, não é necessário que ocorra uma vantagem extrema para a outra parte, como a interpretação literal da Lei pode aparentar. Pelos princípios da justiça contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, tendo como base a dignidade humana, pode-se perfeitamente dispensar essa vantagem extrema. O que o legislador talvez tenha tido em mente é que o contrato deverá se encontrar em situação de desequilíbrio. Assim, bastante será a onerosidade excessiva, sob pena de se estar atentando contra os princípios cima mencionados, que aliás, dão fundamento à teoria da imprevisão¹⁵⁰.

No que se refere a exigência do contrato ser de execução futura, isso quer dizer que há necessidade do pacto ter execução continuada ou diferida, isto é, que a prestação ou o cumprimento contratual seja posteriormente celebração do acordo. Se o cumprimento contratual se der em outro momento distinto do da contratação e de uma só vez, se estará diante de um contrato de execução diferida. Já se estará diante de um pacto de execução contínua, se as prestações forem sendo cumpridas ao longo do tempo. Este requisito detém conotação lógica haja vista que um contrato de cumprimento imediato obsta qualquer possibilidade de tornar prestações futuras inexistentes onerosas.

Com relação ao fato imprevisível e extraordinário, vislumbra-se a redundância dos termos. O fato imprevisível é aquele que sobrepuja-se ao ordinário, que não é passível de previsão. Já o fato extraordinário é o que não é comum, portanto, imprevisível. Neste escólio, o conceito de imprevisível engloba o que é extraordinário e vice-versa, bastando que se utilizasse a expressão fato imprevisível ou fato extraordinário¹⁵¹.

Já o requisito ensejador da revisão contratual mais aparente é o da onerosidade excessiva, que se revela todas as vezes que um fato posterior a celebração do pacto torna excessivamente difícil o adimplemento da obrigação da

¹⁵⁰ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 430.

¹⁵¹ BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**: com referências ao Código civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 684.

forma com que foi pactuada, apresentando acentuada desproporção entre a prestação e a contraprestação, gerando desvantagem excessiva para um dos pactuantes, comprometendo o equilíbrio contratual.

O requisito da onerosidade excessiva exige a ocorrência da lesão objetiva e da lesão subjetiva, devendo uma estar atrelada à outra. Quer que uma parte sofra a onerosidade excessiva (lesão objetiva) e que a outra parte tenha uma extrema vantagem (lesão subjetiva), não é preciso que se concretizem, basta a possibilidade de virem a ocorrer para que a parte prejudicada pleiteie a aplicação da teoria. Nelson Borges denomina esse fato de lesão virtual, vez que o texto legal não exige lesão objetiva para o devedor e sim a possibilidade de essa vir a ocorrer. Igualmente também é dispensável a lesão subjetiva, já que o credor ainda não teve a vantagem exacerbada. Se o devedor adimplir a obrigação, ainda que excessivamente onerosa, tendo o credor vantagem excessiva, haverá o mero cumprimento obrigacional não cabendo qualquer discussão por fatos imprevisíveis que tenham causado aquela situação¹⁵².

Assim, Nelson Borges argumenta que a única situação objetiva encontrada nesse contexto é o fato imprevisível responsável pela alteração da base contratual, o restante se insere no plano virtual, sendo a redação do texto legal incoerente:

Em tais circunstâncias, a única constatação da existência de fato objetivo será o evento imprevisível, responsável pela alteração do suporte contratual. Todo o resto estará inserido no plano da virtualidade, razão mais do que suficiente para que o texto legal tivesse adotado conduta coerente com o subjetivismo de seu enunciado, de sua futuridade, dizendo “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com possibilidades de extrema vantagem para a outra”, uma vez que a excessiva onerosidade, embora concreta, poderá dar origem a uma extrema vantagem¹⁵³.

Deste modo, para o doutrinador, a extrema vantagem¹⁵⁴ para a outra parte deve ser tratada no plano virtual, bem como a onerosidade excessiva da prestação, visto que para o pleito de revisão elas não chegam a se concretizar.

¹⁵² Nesse sentido: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 73. BORGES, Nelson. *Ibidem*, p. 683.

¹⁵³ BORGES, Nelson. *Ibidem*, p. 685.

¹⁵⁴ Para Rodrigues Júnior basta que haja alteração no equilíbrio contratual não importando se a outra parte irá se beneficiar com essa alteração ou não. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Ibidem*, p. 74.

Destarte, seria melhor que a legislação se referisse a “possibilidade” da extrema vantagem¹⁵⁵.

Assim, presente a onerosidade excessiva superveniente e os demais requisitos citados, a parte prejudicada pode invocar judicialmente a revisão do pacto, visando a recomposição da justiça contratual e o equilíbrio das prestações, sendo mister destacar que o negócio jurídico deve ser conservado sempre que possível e apenas em última *ratio* deve-se autorizar a resolução contratual.

3.2.6 A Boa-fé Objetiva¹⁵⁶ em Matéria Contratual

Com a despatrimonialização do Direito Civil, decorrência da Constituição Federal de 1988, os contratos passaram a ter por núcleo a dignidade da pessoa humana, podendo o julgador, por ocasião da interpretação ou execução do contrato, trazer para o seu bojo diretrizes constitucionais que não foram pactuadas pelas partes, relegando, desta maneira, para segundo plano o princípio da liberdade de contratar.

Ato contínuo, em razão da introdução dos princípios da boa-fé e da função social do contrato no novo Código Civil, realçou-se valores fundamentais como a eticidade¹⁵⁷, a sociabilidade¹⁵⁸ e a operabilidade¹⁵⁹¹⁶⁰.

A boa-fé se traduz numa diretriz principiológica, de substrato moral e

¹⁵⁵ BORGES, Nelson. *Ibidem*, p. 685.

¹⁵⁶ A boa-fé objetiva se distingue da boa-fé subjetiva, estando a última já presente no Código Civil Brasileiro de 1916, consistindo num estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivência de dada situação, sem possuir ciência do vício que a corrompe, se distinguindo assim da boa-fé objetiva que possui natureza de princípio jurídico, consistente em uma regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica. GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* p. 100-101.

¹⁵⁷ A eticidade significa a boa-fé de atuar leal e corretamente em que deve se orientar os comportamento das partes como meio de obtenção da justiça contratual. O Código Civil de 2002 deu ênfase aos valores éticos em detrimento do formalismo jurídico que seria característico do Código Civil de 1916. DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. A onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. *In* FERNANDES, Wanderley (Coordenação). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

¹⁵⁸ A socialidade significa que os valores sociais e coletivos devem prevalecer sobre os valores individuais na hipótese de conflito. DUQUE, Bruna Lyra. A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. *In* **Panóptica**, ano 1, n. 8, junho/2007 p. 272.

¹⁵⁹ A operacionalidade significa uma melhor aplicação do direito, mediante recurso a cláusulas gerais que podem ou não conter conceitos jurídicos indeterminados (proibidade, boa-fé, função social e bons costumes), circunstâncias que dão relevo à atividade integrativa do juiz. DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. *Op. cit.* p. 37.

¹⁶⁰ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto do Código Civil: tramitação do projeto. *In* **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 752, junho 1998, p. 25.

ético, que ganhou contornos e matriz de natureza jurídica cogente, estando presente expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, localizado dentre os princípios gerais de direito no sistema constitucional¹⁶¹.

O princípio da boa-fé objetiva disposto nos arts. 422¹⁶², 113¹⁶³ e 187¹⁶⁴ do Código Civil atua sobre os contratos em várias funções, consistindo no limite à liberdade contratual, apresentando-se ainda como o basilar da integração e interpretação dos pactos.

É através do princípio da boa-fé que se impõe a presença da ética nas relações contratuais e se analisa a convenção sob os parâmetros de uma conduta correta, principalmente sob o prisma do comportamento dos celebrantes, vez que o contrato deve estar de acordo com um padrão razoável de conduta cultivado no meio social em que foi celebrado, tratando-se de uma exigência de respeito à confiança da outra parte e aos seus legítimos interesses, considerando sempre o contrato como um vínculo de colaboração.

Assim, a boa-fé objetiva “exige das partes que considere o interesse que o outro contraente tem na conclusão do contrato, a fim de que uma parte não se comporte de maneira irresponsável em relação à expectativa do outro contratante quanto à conclusão do contrato”¹⁶⁵.

Ademais, a boa-fé contratual está intimamente relacionada com o interesse social de segurança jurídica, expressando lealdade e confiança recíprocas.

Giselda Hironaka bem expõe os ideários do princípio da boa-fé:

¹⁶¹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In FACHIN, Luiz Edson. (Coordenação). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 188.

¹⁶² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit. Apesar da redação do art. 422 do Código Civil se referir à fase de conclusão contratual, deve-se entender que o princípio da boa-fé deve ser aplicado também nas fases pré e pós-contratual, haja vista que todas as fases contratuais compõem uma única relação voltada para a satisfação dos interesses legítimos das partes.

¹⁶³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

¹⁶⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

¹⁶⁵ SOARES, Paulo Brasil Dill; CÂMARA, Andreza Aparecida Franco. A quebra do contrato e do pré-contrato a partir da violação da boa-fé objetiva. In **Scientia iuris: Revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL**. Vol. 15, n. 2. Londrina, 2011. p. 16.

Esta é a interessante visão da boa-fé pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte haja conforme o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro em caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação de má-fé, ou dada a ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*. Em todas as fases contratuais deve estar presente o princípio vigilante do aperfeiçoamento do contrato, não apenas em seu patamar de existência, senão também em seus planos de validade e de eficácia. Quer dizer: a boa-fé deve se consagrar nas negociações que antecedem a conclusão do negócio, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na sua conclusão e na sua interpretação. Deve prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário¹⁶⁶.

O fato é que o contrato não se esgota apenas na obrigação principal de dar, fazer ou não fazer, impondo a boa-fé objetiva às partes envolvidas os chamados de deveres anexos de conduta.

Os deveres anexos de conduta detêm o escopo do adequado processamento da relação obrigacional, bem como à satisfação dos interesses globais envolvidos, estando presente nos negócios independentemente da vontade das partes. Não estão diretamente relacionados ao adimplemento do dever principal de prestação, mas visam garantir o correto desenvolvimento da relação contratual.

Sobre os deveres anexos assevera Clóvis do Couto e Silva:

A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um plus que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse plus torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito¹⁶⁷.

Esses deveres acessórios que vinculam as partes variam conforme

¹⁶⁶ HIRONAKA, Giselda. **Conferência de encerramento proferida em 21 de novembro de 2001, no Seminário Internacional de Direito Civil promovido pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC de Minas Gerais**. Palestra promovida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, em 25 out. 2002.

¹⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 41.

cada caso concreto, sendo individualizados de acordo com cada atividade negocial, tendo a finalidade, a grosso modo, de obstar situações danosas para a outra parte, podendo citar, exemplificadamente, os deveres de esclarecimento, de informação, de lealdade, de cuidado, de sigilo, de não concorrência e de vedação ao comportamento contraditório.

Por não ser a boa-fé objetiva tema do presente estudo, não se abordará cada um destes deveres, mas insta verificar a questão da vedação ao comportamento contraditório.

O *nemo potest venire contra factum proprium* “veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial”¹⁶⁸.

A vedação ao comportamento contraditório não se trata de uma proibição à incoerência por si só, trata-se de uma proibição à ruptura da confiança, por meio de incoerência, ou seja, o fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva¹⁶⁹.

Esse entendimento tem sido aplicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Na jurisprudência a seguir, o Tribunal analisou o caso de uma empresa administradora de cartão de crédito que mantinha a prática de aceitar pagamento de valores atrasados, contudo, repentinamente, alegou a rescisão do pacto com base em cláusula contratual que previa a extinção do acordo em caso de inadimplemento. O Tribunal de Justiça de São Paulo mitigou a força obrigatória dessa cláusula, ao apontar que a extinção do negócio jurídico seria impossível. De forma indireta, acabou por aplicar também o princípio da conservação do contrato¹⁷⁰, que mantém relação com a função social contrato (que será estudada no capítulo a seguir), eis o julgado:

¹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20.

¹⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório** – tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

¹⁷⁰ Segundo esse princípio devem ser envidados todos os esforços no sentido de manter a relação, prevalecendo entre a revisão e a decretação da invalidade, a revisão, conservando o negócio jurídico. Sobre o tema, o Enunciado 21 da Jornada de Direito Civil dispõe que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Dano moral. Responsabilidade civil. Negativação no serasa e constrangimento pela recusa do cartão de crédito, cancelado pela ré. Caracterização. Boa-fé objetiva. Venire contra factum proprium. Administradora que aceitava pagamento das faturas com atraso. Cobrança dos encargos da mora. Ocorrência. Repentinamente invoca cláusula contratual para considerar o contrato rescindido, a conta encerrada e o débito vencido antecipadamente. Simultaneamente providencia a inclusão do nome do titular no serasa. Inadmissibilidade. Inversão do comportamento anteriormente adotado e exercício abusivo da posição jurídica. Recurso improvido¹⁷¹.

Embora guardem esta vinculação, a boa-fé objetiva não se confunde com a função social do contrato, confusão que tem sido comum nos Tribunais brasileiros¹⁷². Relevante destacar que a boa-fé objetiva fica restrita ao vínculo existente entre as próprias partes do negócio jurídico, ao passo que a função social do contrato aborda também os reflexos que o pacto causa sobre a sociedade e não somente entre as partes.

O simples fato de o legislador ter tratado os dois princípios em artigos distintos no Código Civil (art. 421 e 422), já demonstra suficientemente sua

¹⁷¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 174.305-4/2-00, São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Enéas Costa Garcia, J. 16.12.05, V. U., Voto n. 309.

¹⁷² Esta confusão pode ser observada em inúmeros julgados dos tribunais brasileiros, citando-se a seguir, com todo respeito ao posicionamento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Sanseverino, acórdão proferido em março de 2013: AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MATERIAIS. 1. Face o entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. Precedente específico da Segunda Seção desta Corte, Resp nº 1073595/MG, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI. 2. Considerando que a relação contratual mantida entre a agravante e os agravados se estendeu por mais de vinte anos, bem como o fato de já serem idosos, perfeita sintonia entre o presente caso e o 'leading case' desta Terceira Turma segundo o qual "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". (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI). 3. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1230665 / SP. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. 3ª. Turma. Julgamento 05/03/2013. Publicação DJe 03/04/2013). Verifica-se que no acórdão, a função social do contrato serve, equivocadamente, juntamente com a boa-fé objetiva, como fundamento para anulação de abusiva negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações por longos anos ao longo dos anos, por ser o titular do seguro pessoa idosa, ao passo anulação do contrato de seguro se caracterizou como uma deslealdade da seguradora para com o seu segurado, o que não se confunde com a função social interna do contrato que se refere a um interesse individual relativo aos contratantes, exigindo que os contratantes mantenham um pacto justo e equilibrado, adimplindo com os equitativos deveres laterais da convenção, no intuito de manter o tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais, com o objetivo de obstar que a legítima expectativa dos partícipes quanto à realização do interesse econômico subjacente ao contrato se frustrate, bem como vedar condutas abusivas no processamento da relação obrigacional.

intenção de positivar os dois institutos de forma inconfundível. A função social do contrato deve ser compreendida como uma nova orientação para o tradicional e rigoroso princípio da relatividade dos efeitos contratuais, pelo qual o contrato não beneficiava nem prejudicava terceiros, em contrapartida, a boa-fé objetiva, por sua revela-se no dever de conduta dos contratantes, pautada pela clareza, na honestidade e na lealdade de um para com o outro.

Humberto Theodoro Júnior bem apresenta esta distinção:

Para delimitar o campo de atuação dos dois princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 – a boa-fé objetiva e a função social do contrato – impõe-se acentuar o seguinte: a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo, redundam em prejuízo injusto para uma das partes; b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial¹⁷³.

Desta forma, conclui-se que função social do contrato e boa-fé objetiva não se confundem e tem características próprias, com positivações típicas de uma nova concepção dos acordos de vontade, pautados em valores éticos e coletivos, característicos do Estado Social.

¹⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relesee Justilex: função social e boa-fé no domínio do contrato. **Revista Justilex**. Ano III, n. 34, outubro de 2004, p. 40.

4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A questão da função social é bastante delicada, por isso deve ser analisada de forma cuidadosa.

Para Cláudio Godoy, inexistente atualmente um conceito autônomo de função social¹⁷⁴, inclusive a do contrato, havendo em verdade um movimento de funcionalização do direito¹⁷⁵.

Sobre este movimento, Louis Josserand explica que qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um escopo social:

(...) pois estas prerrogativas não são social apenas pela sua origem e pela sua gênese, são-no ainda pelo fim para que tendem, pela sua finalidade. As prerrogativas, mesmo as mais individuais e as mais egoísticas, são ainda produtos sociais, seja na forma, seja no fundo: seria inconcebível que elas pudessem, ao grado de seus titulares, se livrar da marca característica original e ser empregada para todas as necessidades, mesmo fossem elas inconciliáveis com sua filiação e com os interesses mais urgentes, os mais certos, da comunidade que as concedeu¹⁷⁶.

Esta funcionalização dos institutos jurídicos obriga-os ao abandono do objetivo egoístico da solução de conflito entre as partes, passando a adotar uma nova atribuição, voltada à organização social, mormente nas relações que envolvem direito e economia, se revelando nas situações em que o exercício do poderes outorgados ao indivíduo, dentre estes, o da autonomia privada, se efetiva como forma de afirmação da pessoa e de sua dignidade, desde que essa consecução manifeste igualmente alguma utilidade social¹⁷⁷.

Contudo, não significa que a função social do contrato, juntamente

¹⁷⁴ No mesmo sentido António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro esboça que inexistente na função social “um princípio autônomo mas, tão-só, uma constatação normal de que, nos direitos subjectivos, como noutros lugares normativos, não seria possível, sem uma interpretação adequada das normas presentes, apurar a mensagem jurídica que esteja em jogo”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1232.

¹⁷⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit. p. 111.

¹⁷⁶ No original: parce que ces pouvoirs ne sont pas seulement d'origine sociale et de sa genèse, il est toujours à l'ordre de tendre, par son but. Prerogatives, même les plus individuel et le plus égoïste, mais sont des produits sociaux, que ce soit dans la forme, est dans le fond: il est inconcevable qu'ils pouvaient, au gré de leurs détenteurs, pour se débarrasser de caractéristique unique de la marque et être utilisée pour tous les besoins même si elles étaient inconciliables avec son affiliation avec les intérêts et les plus urgents, les plus certaines, la communauté qui a donné. JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**. Paris: Dalloz, 1939. p. 320.

¹⁷⁷ AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. **Studia Iuridica – Colloquia**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v. 48, n. 6, 1999/2000, Separata de Conferências. p. 380.

com a boa-fé objetiva e a igualdade substancial se sobreponham aos princípios contratuais clássicos, a saber: autonomia privada, intangibilidade do conteúdo do contrato e relatividade de seus efeitos, o que se pode presenciar é a teoria contratual contemporânea vivendo uma “hipercomplexidade”¹⁷⁸, ou seja, estes pilares se complementam e não se excluem¹⁷⁹.

A função social do contrato, juntamente com a boa-fé objetiva provocam importante oxigenação do instituto do contrato ao apresentar elementos que buscam concretizar as diretrizes constitucionais de respeito aos interesses existenciais das pessoas e de promoção de um contrato socialmente justo. É nesse sentido que se entende que os institutos devidamente conjugados com os demais princípios informadores da teoria contratual clássica e hodierna, atuam na promoção de um modelo de contrato adequado aos ditames constitucionais, equilibrado e socialmente justo, explicitando apropriadamente o sentido econômico-social do contrato contemporâneo.

Importa também mencionar que, embora seja necessário apartar a função social (dignidade da pessoa humana e solidarismo) da função individual dos institutos jurídicos, dentre estes o contrato, qual seja, a de garantir condições de desenvolvimento pessoal dos indivíduos, estas permanecem atreladas, esclarecendo Norberto Bobbio que as noções de função social e individual são indissociáveis, incumbindo ao Estado por intermédio do Direito, abrangê-las numa mesma dimensão, dirigindo o comportamento humano a determinados fins pretendidos¹⁸⁰.

Assim, para que o contrato seja chancelado pelo Poder Judiciário deve haver a observância tanto das regras de validade contratual (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei), bem como às normas/regras de cunho moral e social, exigidas juridicamente, estando dentre estas o princípio da função social do contrato que traz consigo conteúdo geral e cogente.

¹⁷⁸ A teoria propugnada Teresa Negreiros tem especial importância por demonstrar que o reconhecimento de uma nova principiologia contratual não significa nem a substituição dos princípios clássicos, nem a aplicação dos novos apenas subsidiariamente. Vive-se, em realidade, um momento de “hipercomplexidade”, conforme expressão de Antonio Junqueira de Azevedo, e, a partir da essencialidade e utilidade do bem, se pode trabalhar com a maior ou menor incidência dos novos princípios, ou dos clássicos. NEGREIROS, Teresa. Op. cit. p. 123. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit. p. 117..

¹⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *In* NEGREIROS, Teresa. Op. cit. prefácio.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 60.

A função social do contrato advém do posicionamento estatal intervencionista nas relações privadas, no intuito de abandonar o escopo pactual único de satisfação dos contraentes e instaurar o objetivo social de proteção aos interesses da coletividade inevitavelmente atingidos nas convenções, uma vez que o instituto contratual não pode ser considerado de forma isolada, ao passo que interfere negativa e positivamente em bens titularizados não apenas por determinados indivíduos, mas sim pela sociedade.

Isto é, rompeu-se com a estrutura contratual edificada exclusivamente sobre a vontade das partes e uniu-se ao pacto a necessidade de realização dos interesses de toda a coletividade, emergindo a função social do contrato, como bem expõe Orlando Gomes:

O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento de poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social¹⁸¹.

Trata-se a função social do contrato de um conceito aberto e indeterminado, sendo componente jurídico de um sistema aberto, onde o “emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos”, permitindo a “incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado bem como a constante formulação de novas normas”¹⁸², as denominadas cláusulas gerais.

As cláusulas gerais se referem a um mecanismo de mobilidade de que dispõe o ordenamento jurídico para que o sistema seja flexibilizado e venha “continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas idéias, em busca da efetividade de um direito justo”¹⁸³, incumbindo ao magistrado completar a norma jurídica e através de critérios éticos e jurídicos (que será melhor explanado do capítulo 6), chegar à concreção jurídica, encontrando a solução mais justa ou equitativa para cada caso concreto.

Por evidente que as cláusulas gerais devem orientar-se pelos princípios éticos-jurídicos e não servem a discricionariedade do magistrado que as

¹⁸¹ GOMES, Orlando. Op. cit, p. 109.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 285-286.

¹⁸³ Idem. p. 49.

aplica, sendo mister ressaltar a precisa advertência de Judith Martins-Costa:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante desde logo marcar esse ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contém delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via de jurisprudência¹⁸⁴.

Além disso, a função social do contrato como cláusula geral¹⁸⁵ não pode ir de encontro a princípios já sedimentados no ordenamento jurídico¹⁸⁶ e no âmbito das relações privadas e coletivas deve ser analisada conforme sua

¹⁸⁴ Idem. p. 299.

¹⁸⁵ A função social é tanto um princípio como uma cláusula geral. Quando princípio a função social do contrato seria uma regra de interpretação, quando cláusula geral, seria aplicável nos casos concretos, inclusive de ofício em razão do art. 2.035 do Código Civil. Neste sentido: RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Op. cit. p. 323-324. Complementando a questão insta destacar que as cláusulas gerais permitem a formação da norma, não através da interpretação do princípio, mas através da síntese judicial consubstanciada naquele valioso instrumento, que são verdadeiras janelas, para, assim, alcançar os valores contidos nos princípios, resultando na criação da norma. NUNES, Gabriel Turiano Moraes. **Cláusulas gerais e o sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03_01_05.htm. Acesso 07 jun. 2013.

¹⁸⁶ Esse posicionamento não é unânime, Francisco Amaral Neto sustenta que a função social do contrato destina-se a impedir o abuso no exercício do direito subjetivo contratual, atuando como critério de interpretação jurídica e legitimando a intervenção do Estado por meio de normas excepcionais, que estabelecem limitações ao princípio da autonomia privada, que de modo vago e generalizado, pode-se denominar como “ordem pública e bons costumes”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2008. p. 52. Complementando esta idéia Antonio Rulli Neto afirma que as partes devem sujeitar a sua vontade às normas de ordem pública e aos bons costumes, desta forma, a função social do contrato não elimina o princípio da autonomia contratual, mas restringe seu alcance quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana. RULLI NETO, Antonio. Op. cit. p. 103. Ainda em posicionamento contrário Humberto Theodoro Júnior salienta que “a nova função social atribuída ao contrato contrapõe-se, principalmente, ao princípio da relatividade – o qual, numa visão hoje questionada, postula o isolamento da relação contratual, circunscrevendo seus efeitos apenas aos contratantes. Em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social servia como fundamento para que se dê relevância externa ao crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social, a respeito do qual os chamados terceiros, se não podem manter indiferentes”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p.15.

aplicabilidade em cada esfera, ou seja, dentro de sua função, o contrato “deverá compreender os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os deveres anexos ou colaterais que derivam desse esforço socializante”¹⁸⁷

Mesmo ante a complexidade da questão, Paulo Nalin busca delimitar a função social do contrato argumentando que sua eficácia detém função intrínseca e extrínseca: a) a intrínseca: onde o contrato é encarado e compreendido como relação jurídica entre os contraentes – a função social do contrato estaria ligada à observância da igualdade material, da equidade, pelos acordantes, almejando a equivalência material entre as partes; e b) a extrínseca: onde o contrato é visto e compreendido em face da coletividade, ou seja, seu impacto na sociedade – a função social do contrato rompe com o princípio clássico da relatividade dos efeitos, “preocupando-se com suas repercursões no largo campo das relações sociais”, na medida em que “o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito”¹⁸⁸.

Dada a relevância da cláusula geral, o ordenamento jurídico brasileiro trouxe implicitamente junto à Constituição Federal a socialização do pacto como decorrência da função social da propriedade disposta no art. 5º., incisos XXII e XXIII que dispõe que “é garantido o direito de propriedade” e que “a propriedade atenderá sua função social”¹⁸⁹.

4.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para que se tenha a exata dimensão do princípio da função social do contrato impende analisar os fundamentos constitucionais nos quais se apóia.

A Constituição Federal de 1988, também nomenclaturada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Constituinte que a produziu, como *Constituição Cidadã*, dada a ampla participação popular em sua elaboração bem como por deter o escopo de realização da cidadania, adotou como regime o Estado Democrático de Direito, ambicionando a realização efetiva da dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 83.

¹⁸⁸ NALIN, Paulo Roberto. **Contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 226.

¹⁸⁹ BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil**. Loc. cit.

Retratando bem os ideários da Carta Magna Cidadã enfatiza Maria Estela Leite Gomes Setti:

A Constituição Cidadã trouxe os delineamentos deste novo direito, ao determinar, logo em seu artigo inaugural que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira é a dignidade da pessoa humana. Mais adiante, em seu artigo 3º, estabelece como objetivo da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No artigo 170, ao enumerar os princípios da ordem econômica, o legislador constituinte deixou claro que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim garantir a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social¹⁹⁰.

Sob este prisma, a Carta Política de 1988 desenvolveu o que se convencionou chamar de direito civil-constitucional, denominação dada a transformação do Código Civil pela normativa constitucional, que tem como fundamento a superação da lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana, que passam a ser prioritários no âmbito do direito civil, visto que assim elencados pela Carta Magna¹⁹¹.

Para uma melhor compreensão acerca do direito civil-constitucional mister se faz a análise da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado.

No Estado Liberal, onde vigia o contrato clássico, mantinha-se uma severa dicotomia entre Estado e sociedade, limitando-se o ente estatal a manter a esfera individual pacificada, para que seus componentes atuassem livremente, estipulando suas próprias regras.

O abuso de direito pelos sujeitos que compunham a sociedade desencadeou a crise do liberalismo, emergindo o Estado Social, que passou a intervir e regulamentar as disposições normativas da coletividade, obrigando o Código Civil a ceder a localização central que até então desfrutava no sistema à Constituição, o que acarretou a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade e proporcionou a integração do homem como um ser coletivo, integrante

¹⁹⁰ SETTI, Maria Estela Leite Gomes. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do direito. In: Anais do **Encontro Nacional do CONPEDI**, n. 19, Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010, p. 419

¹⁹¹ Neste sentido: TEPEDINO, Gustavo. Op. cit, p. 2. MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v. 17, n. 65, julho-setembro 1993. p.28-29. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa** – Secretaria de edições técnicas do Senado Federal, Brasília, v. 36, n. 141, janeiro-março, 1999. p. 100.

de uma sociedade.

Consequentemente, a dicotomia entre o direito público e o privado, se ainda não foi, há de ser abandonada, haja vista que não mais condiz com a realidade social e econômica hodierna, não havendo como existir um Direito puramente Público quando tudo que se refere ao público é igualmente referente a cada particular que compõe a sociedade.

Igualmente não há como persistir um Direito isoladamente Privado, quando incumbe ao Estado interferir nas relações privadas todas as vezes em que apresentarem conflitos prejudiciais aos interesses da coletividade.

Estando o Direito organizado dentro da unidade do ordenamento jurídico, fato é que o Direito Público e o Direito Privado se complementam.

A este respeito argumenta Leonardo Mattietto:

Não cabe ver o direito privado, e principalmente o direito civil como uma espécie de antítese ao direito público, como um lugar em que os particulares estejam a salvo das ingerências do Estado, como um *topos uranon* (na descrição do filósofo Platão, o lugar das idéias perfeitas) da liberdade e da autonomia. A própria atividade do Estado, contemporaneamente, não deve ser pautada pela cega subordinação do indivíduo, mas pela atuação do valor constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana (Constituição de 1988, art. 1º, III). A acolhida da tese de unidade do ordenamento jurídico, é bem assim da superioridade dos valores e princípios esculpidos na Constituição, cujo alcance se projeta no sistema jurídico como um todo, conduz à necessidade de abandonar a separação do direito em público e privado, posta pela doutrina tradicional¹⁹².

A superação da dicotomia entre o direito público e o privado é exigida ante a aparição de outras categorias de interesses, decorrentes da multiplicidade e complexidade de relações entre os indivíduos do grupo social com o Estado e com terceiros, favorecendo, sobretudo, o reconhecimento dos valores e princípios constitucionais, priorizando a pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento e principalmente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Emergiu justamente desta complexidade nas vinculações e da necessidade de prevalência da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse coletivo sobre o individual, a necessidade de aplicação dos princípios e valores constitucionais nas relações entre o Estado e os indivíduos, bem como nas

¹⁹² MATTIETTO, Leonardo. Op. cit. p. 199.

relações interindividuais abrigadas pelo campo civilístico. Assim, o direito civil-constitucional surgiu com o objetivo de consolidar a unificação do sistema jurídico, interpretando a lei civil e as leis extravagantes aplicáveis às relações privadas à luz dos pilares constitucionais, o que, como salientado anteriormente, provocou a despatrimonialização do Direito Civil e deu lugar à dignidade da pessoa humana.

Objetivando a consolidação destes ideais, a Constituição Federal colocou em destaque os direitos coletivos ou transindividuais, impondo respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis trabalhistas, à proteção da ordem econômica, à liberdade de concorrência – todos atrelados à dignidade da pessoa humana, revelando a superação dos conceitos individuais de outrora.

Como bem observou o doutrinador Miguel Reale, a previsão civil decorre do preceito constitucional da função social da propriedade disposta no art. 5º, incisos XXII e XXIII¹⁹³, ao passo que assim como a propriedade, os contratos devem servir não apenas às partes contratantes, mas a toda a coletividade, cumprindo com sua função social¹⁹⁴.

Nesta toada, a socialização do contrato, devidamente amparada no sistema constitucional e consagrada junto ao Código Civil em seu art. 421, nada mais é do que a consolidação dos novos ideários constitucionais.

A função social do contrato funciona como razão e legitimação da liberdade de contratar, equivalendo à concretização do valor da dignidade humana, significando constitucionalmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que interessa apenas às partes contratantes, impermeável às condições sociais que o cercam e que são por este afetadas, como bem se esclarece Eduardo Sens Santos:

¹⁹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, loc. cit.

¹⁹⁴ REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em 26 dez. 2012.

O contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse de que o contrato seja respeitado, acima do interesse de que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo.¹⁹⁵

A questão constitucional da socialização do contrato se conforma quando os contratantes pautam seus interesses sob valores da solidariedade (CF, art. 3º, I), da justiça social (CF, art. 170 *caput*), da livre-iniciativa e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), jamais ferindo o meio ambiente (CF, art. 225) ou causando reflexos que possam desencadear a poluição/degradação ambiental.

Ante este ideal de utilidade/socialidade, Teresa Negreiros argumenta que o princípio da função social do contrato encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, pois exige que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, suplantando a ótica individualista anteriormente prevista no texto constitucional¹⁹⁶.

Já no que tange à justiça social, distinto pilar constitucional da função social do contrato, quer significar que o pacto jamais pode trazer onerosidade excessiva, desproporção e injustiça social aos celebrantes ou aos terceiros que possam ser afetados pelos reflexos convencionais, assim, o contrato não pode violar tanto interesses individuais quanto metaindividuais interligados com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Outro dos sustentáculos constitucionais da função social do contrato é o valor social livre iniciativa, ao passo que a autonomia privada é inegavelmente o fator que norteia a seara contratual, sem a qual não se celebrará negócios jurídicos e se estagnarão o desenvolvimento econômico. Pautado neste raciocínio foi que o legislador constituinte estabeleceu a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e lhe deu valor social, impondo limites a seu exercício (e não à

¹⁹⁵ SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. In **Revista Brasileira de Direito Privado**, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho, 2010, p. 29.

¹⁹⁶ NEGREIROS, Teresa. op. cit., p. 209.

sua existência), tendo em vista os interesses coletivos e a preservação do bem comum.

Neste linear leciona Antônio Junqueira Azevedo:

(...) A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, o fixar como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro (...)¹⁹⁷.

Maior complexidade de compreensão reside na exposição da dignidade da pessoa humana como pilar constitucional da função social do contrato.

Ao expor que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida dentro de uma unicidade entre um único homem e seu grupo social, onde todos são igualmente dignos, Peter Häberle assevera:

A dignidade humana habita, de antemão, a dimensão comunicativa social, que pode ganhar realidade tanto na esfera privada quanto na pública. Dignidade humana significa também, mas não somente, o espaço interno do homem. Sua abertura social, o momento de responsabilidade diante dos outros homens e da comunidade, pertence a ela do mesmo modo e revela-se tão constituinte como o momento da auto-responsabilidade, no sentido de auto determinação¹⁹⁸.

Seguindo essa essência, a função social do contrato quer significar exatamente uma boa vivência em comunidade, devendo imprescindivelmente respeitar, o negócio jurídico, tanto a dignidade dos contraentes como de toda a coletividade.

Finalmente, o último sustentáculo constitucional da função social do contrato é o da não lesividade ao meio ambiente, que quer significar que embora o negócio jurídico deva atender aos interesses individuais das partes que o celebram, igualmente deve corresponder aos apelos sociais de preservação ambiental e, caso seja necessário, deve o interesse coletivo – necessidade de conservação ambiental – se sobrepor aos interesses dos indivíduos que celebraram o pacto – obtenção de lucro.

¹¹⁵ HÄBERLE, Peter. Op. cit.. p. 139.

¹¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit., p. 134.

Todas as vezes que um pacto ferir algum destes pilares constitucionais, deve o Estado intervir na relação jurídica, impondo o cumprimento da função social do contrato, cujo perfil é delineado por Augusto Teizen Júnior:

(...) o contrato, como instrumento de realização das operações econômicas, da circulação e acumulação de riquezas permite a transformação e a evolução e o progresso social, é, dessa forma, instrumento de política econômica e social e serve como pilar das garantias constitucionais da propriedade e da livre iniciativa; justifica-se, também, a intervenção nos seus limites, em especial na liberdade de contratar, quando tal liberdade seja contrária aos interesses sociais e ao progresso econômico ou que venha pôr em risco valores constitucionalmente protegidos que permitam a redução das desigualdades regionais e sociais, incluindo-se: a soberania nacional, a propriedade privada em sua *função social*, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente¹⁹⁹.

Em síntese, o que se depreende da função social do contrato, além de sua inegável utilidade social é que sua violação consiste num total retrocesso à ordem constitucional, ao passo que preza pelo bem estar da coletividade como um todo.

4.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL

4.2.1 Os Princípios Informadores do Código Civil e Norteadores da Função Social do Contrato

Compreendida a socialização pactual na seara constitucional, mister ainda se faz sua análise sob o prisma civilista, que reconheceu e lhe forneceu previsão expressa junto ao artigo 421 do Código Civil, que dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”²⁰⁰.

Como salientado anteriormente, refere-se a função social do contrato a uma cláusula geral, portanto, deve ser empregada em sentido convergente, obstando interpretações díspares, visando resguardar uma incidência isonômica, afastando a insegurança jurídica.

Este sentido convergente é guiado pelos princípios da eticidade, da

¹⁹⁹ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 128-129.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

operabilidade e da socialidade, que fundamentam o Código Civil²⁰¹.

O princípio da eticidade reconhece como imperativo o vetor axiológico hodierno da participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, detendo o escopo de valorização do ser humano junto à sociedade.

Assim, dentro da seara contratual, as partes devem pautar-se sob a ética, a moral e a sinceridade quando da celebração do pacto, do adimplemento da proposta avençada, bem quando por ocasião da extinção do contrato, o que por evidente rende a legislação à constatação de que no que tange a contratos nem tudo se soluciona por intermédio de preceitos normativos expressos, sendo imprescindível a superação do dogmatismo cerrado para a abertura do sistema à interferência de critérios éticos, como por exemplo a exigência da equidade, da justa-causa e principalmente de boa-fé, nada mais são do que elementos componentes da ética, podendo ser citado como exemplos deste princípio os arts. 113²⁰², 187²⁰³ e 422²⁰⁴ do Código Civil²⁰⁵.

Por sua vez, o princípio da operabilidade visa a superação de divergências teóricas e formais dos institutos de direito, pela sua capacidade de ser executado, devendo ser analisado sob dois vértices. O primeiro, considerando a inserção de cláusulas gerais, que intui a concretude e a efetividade realizadas ante operações elaboradas pelo aplicador do direito ao caso concreto, visando o direito prático, fático e concreto. O segundo vértice se consubstancia na facilitação da interpretação e aproveitamento dos institutos civis através da operabilidade, no intuito de simplificar a aplicação da legislação a cada caso concreto, podem ser citado como exemplo o trato da prescrição e da decadência no Novo Código Civil, que passaram a ser regradas de forma que possam ser operadas sem gerar dúvidas²⁰⁶.

Antonio Rulli Neto bem sintetiza a questão do princípio da

²⁰¹ Conceitos esclarecidos no tópico 3.2.6. REALE, Miguel. Op. cit., p. 25.

²⁰² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

²⁰³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

²⁰⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

²⁰⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit.. p. 121.

²⁰⁶ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**. Do código de defesa do consumidor ao novo código civil de 2002. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 23.

operabilidade, declinando que esta “traz a idéia de que o contrato deve ser *funcionalizado* para que se torne contínuo, dinâmico, solidário e instrumento de geração de riquezas, não simplesmente um instrumento fechado e inflexível”²⁰⁷.

Por fim, o princípio da socialidade reflete a preocupação do código civilista atual de buscar a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais quando necessário e adequado, preservando ato contínuo, o valor fundante da pessoa humana, sendo seu exemplo emblemático a função social do contrato.

Na senda contratual, tem-se que qualquer estipulação lesiva transcende a esfera individual, espraiando-se por toda a sociedade, assim, o princípio da socialidade dentro da função social do contrato quer significar um adaptador da autonomia privada ao escopo de proteção da parte mais suscetível na relação e, de modo oblíquo, de toda a sociedade.

Para Miguel Reale, o contrato emerge de uma ambivalência, de uma correlação fundamental entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade, argumentando que “o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”²⁰⁸.

É através da consolidação da função social do contrato que se promoverá a circulação de riquezas e, concomitantemente, se viabilizará a justiça social, denotando a cláusula geral à luz deste princípio um comando negativo e outro positivo. O comando negativo ao vedar convenções contratuais lesivas à sociedade e positivo no sentido de concretizar os objetivos constitucionais descritos no art. 3º. da *Lex Magna*²⁰⁹.

E são os citados princípios formadores do Código Civil que norteiam a cláusula geral da função social do contrato, que atua como razão e legitimador da liberdade de contratar.

²⁰⁷ RULLI NETO, Antônio. Op. Cit., p.96.

²⁰⁸ REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 9.

²⁰⁹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

4.2.2 A Função Social do Contrato como Legitimador da Liberdade de Contratação – Art. 421 do Código Civil

A função social do contrato, devidamente reconhecida constitucionalmente e pelo ordenamento civilista, não atua como um limitador, mas como legitimação à liberdade de contratação, não ceifando a autonomia das partes de pactuarem, mas sim, qualificando as relações contratuais no âmbito de sua função social.

Quadra destacar ainda que esta cláusula geral refere-se a um preceito de ordem pública, conforme estabelecido pelo Código Civil:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido previstas pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos²¹⁰.

Embora preveja o art. 421 do Código Civil que **“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”**, conduzindo à interpretação de limitação à liberdade de convenção²¹¹, verifica-se que a autonomia de contratação é plena, não existindo restrição de relacionamento entre os contratantes. Contudo, incumbe ao ordenamento jurídico realizar análise meritória

²¹⁰ BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit..

²¹¹ Grande parte da doutrina argumenta que a função social do contrato funciona como verdadeiro limitador da liberdade de contratação, tratando-se de “uma verdadeira ‘colisão’ de direitos, só resolúvel se e quando um dos direitos verdadeiramente exulasse o outro, pois as permissões asseguradas por um e por outro seriam incompatíveis entre si”. MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *In*: MONTEIRO, António Pinto (Diretor). **Estudos de direito do consumidor**: publicação do centro de Direito do Consumidor. N. 7. Coimbra, 2005. p. 73. Em posicionamento semelhante Rulli Neto sustenta que “temos uma interpretação contraditória ao examinarmos o sentido amplo estrito de função social, contido em nosso Código Civil. Isso porque o art. 421, quando fala em liberdade de contratar exercida nos limites, estabelece uma concepção negativa e, em razão da função social, uma concepção positiva. Ao falar em limites, impede que a liberdade exceda aqueles limites, por isso, está criando uma concepção negativa. Quando fala em razão, traz uma concepção positiva, porque a função social é de onde parte o contrato. Isso demonstra que há dois erros técnicos no art. 421, em que pese ser o único dispositivo encontrado em códigos modernos a tratar de forma expressa da função social dos contratos. A primeira crítica que se faz, em razão de se misturar concepção positiva e negativa, é a expressão “em razão”, porque a função social do contrato não é a sua razão, mas o limite (concepção negativa). A verdadeira razão do contrato é a autonomia privada”. RULLI NETO, Antônio. Op. cit. p. 202-203.

ao conteúdo do pacto, verificando o cumprimento dos valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito que estruturam a ordem constitucional²¹².

Assim sendo, a liberdade de contratação é garantida, preservando a individualidade da conveção, bastando para isso apenas que o negócio jurídico convencionado seja formalmente válido (agente capaz, objeto lícito e forma prevista em lei), passando pelo crivo do ordenamento jurídico apenas o conteúdo do pacto, direcionando-o para o cumprimento de sua função social, devendo o art. 421 do Código Civil ser interpretado de forma sistemática e teleológica²¹³.

Neste enfoque, esclarece Ruy Rosado:

A autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos que lhe são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins – garante-lhe a eficácia – não para satisfazer qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum²¹⁴.

José Ricardo Alvarez Vianna tece distinta argumentação para justificar a função social do contrato como legitimação da liberdade de contratar, opondo-se ao argumento de extinção da liberdade contratual:

²¹² ROSENVALD, Nelson. PELUSO, Cezar (Coordenador). **Código Civil anotado**. 6 ed. São Paulo: Editora Manole, 2012. p. 486.

²¹³ Tramitava perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, seguindo as orientações dos professores Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, propondo a alteração de vários dispositivos legais do Código Civil, dentre estes, a modificação da redação do art. 421, que passaria a dispor: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, o que se pretendia sob a seguinte justificativa: “Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão “ em razão”. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”. A alteração proposta foi rechaçada pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados através do parecer do Deputado Vicente Arruda que argumentou que “a mudança proposta não passa de um jogo de palavras que, ainda por cima, piora o texto, pois o contrato não tem liberdade, que tem liberdade é a pessoa, cuja liberdade de contratar está vinculada à função social do contrato, imposta pelo ordenamento jurídico. Pela rejeição”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002. Acesso em 16 jan 2013.

²¹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. *In Revista dos Tribunais*, fascículo cível, ano 89, v. 775, São Paulo, maio 2000, p. 19.

A função social do contrato não traz em si a extinção da liberdade contratual. Na função social do contrato garante-se a liberdade de contratar, preservando-se, ao mesmo tempo, os valores fundamentais previstos na Constituição Federal. Ocorre fenômeno semelhante ao ocorrido com a propriedade. Seu exercício resta condicionado a um fim coletivo: o bem-estar social²¹⁵.

Ilustrando os argumentos despendidos, toma-se como exemplo um contrato que tenha por objeto a compra e venda de um veículo no município de São Paulo. Existe o interesse de um dos contratantes de comprar e do outro em vender, além do estabelecimento de um pagamento vantajoso para ambos. Ocorre que o objeto da negociação ultrapassa os limites de poluentes que os veículos emplacados no município podem emitir, estabelecidos pelas Leis Municipais de nº. 11.733/95 e 12.157 /96 e pelo Decreto Municipal 50.232/2008. Assim sendo, embora não haja qualquer impedimento no que tange à liberdade de contratar das partes envolvidas, o município, por intermédio da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente de São Paulo, não emitirá o selo e certificado de aprovação de inspeção veicular ambiental, conseqüentemente o vendedor será obstado de proceder com a tradição do veículo ao comprador, afinal o documento será bloqueado quando da transferência junto ao DETRAN e apenas será liberado quando a inspeção for realizada e o veículo aprovado. Portanto, constata-se que ainda que não haja restrição à liberdade de contratar, por não se enquadrar o veículo nos limites de poluentes fixados legalmente, o contrato não se consolidará enquanto não atender às exigências legais de limitação de emissão de poluentes impostas pelo ente estatal, que detém justamente o escopo de garantir o bem estar social (poupando a coletividade de altos índices de poluição) através da efetivação da função social do contrato.

Do exemplo depreende-se que os contratantes são livres para convencionar, todavia, a pactuação deve, além das expectativas e interesses das partes envolvidas no contrato, encontrar um ponto de intersecção junto ao bem estar social e a dignidade da pessoa humana, sendo que nos casos em que a coletividade seja lesionada ou ameaçada de lesão, se estará defronte a um abuso que deve ser atacado administrativa ou judicialmente (a depender de cada caso concreto).

Ademais, cumpre destacar que o interesse particular não se

²¹⁵ VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 157. No mesmo sentido: VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. *In Revista de Direito Civil*. São Paulo, ano 12, n. 44, abri/jun, p. 14.

sobrepõe necessariamente ao interesse social, nem vice-versa, não subtitindo mais essa dicotomia, afinal, indivíduo e sociedade não são opostos, o primeiro está inserido na segunda e dela não se desvincula:

O princípio da autonomia da vontade protege a liberdade contratual do indivíduo e também resguarda o interesse social. Indivíduo e sociedade não são opostos e afirmar uma adversidade entre homem e sociedade é exagero que induz a inversão da lógica de contrapomos o indivíduo – representado pela liberdade contratual – e sua comunidade – expresso pela função social -, quando na verdade singular e plural são complementares, afinal, a pessoa vive com o seu grupo, eventualmente em meio a concorrências e disputas com outros integrantes, que não anulam o sentido gregário de convivência²¹⁶.

É bom destacar ainda que o contrato é um instrumento de circulação de riquezas colocado a disposição de todos os indivíduos para a satisfação de suas necessidades, contudo, isso não exime o contratante de promover o bem comum através do pacto, até mesmo porque o atendimento do interesse individual pode ser compreendido como uma das formas de atendimento do interesse coletivo. O que não é cabível é exigir dos contratantes um comportamento altruístico, impondo que procurem realizar antes de seus próprios interesses, os da coletividade, o que é bem delineado por Pablo Rentería:

Na realidade, a perspectiva funcional do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes acorado na vontade do indivíduo, para os interesses e valores da coletividade. Porém, isto não quer dizer que as pessoas não possam mais se servir de seus direitos para satisfazer os seus interesses. Ao contrário, o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento. Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa, assim como há quando se tutela a satisfação dos interesses difusos ou coletivos que estejam eventualmente envolvidos na realização daquele contrato. Na realidade, não raro a tutela de um interesse coletivo se confunde com a de um interesse individual²¹⁷.

Como exemplo desta afirmação se pode citar a tutela ao meio ambiente. Garantir através de um contrato a proteção ao meio ambiente não

²¹⁶ MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 55.

²¹⁷ RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de. (Organização). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 305.

significa o resguardo apenas do interesse social, mas também o interesse das próprias partes que vivem neste ambiente.

Ainda dentro do enfoque da função social como legitimador e não limitador da liberdade de contratação, Sílvio de Salvo Venosa salienta que os parâmetros da cláusula geral (manutenção de uma relação contratual equilibrada, proba e com boa fé entre as partes e a sociedade como um todo) são a muito existentes, tendo o art. 421 do Código Civil traçado apenas novas fronteiras à dialética do Direito:

O fato de este Código Civil mencionar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato nesse artigo sob epígrafe visa açular os contratantes a portar-se com probidade e boa-fé (art. 422), abre toda uma nova perspectiva no universo contratual, embora os princípios já fossem plenamente conhecidos no passado. Trata-se de aplicação moderna da nova dialética do Direito²¹⁸.

Depreende-se do sustentado que a função social foi colocada como marco das relações contratuais nos últimos tempos não em razão de tratar-se de uma limitação à autonomia privada dos contrantes, mas em decorrência da modificação das necessidades sociais, o que de acordo com Gunther Teubner seria o recebimento de um novo *input* pelo sistema (aberto), gerando necessidade de aperfeiçoamento da comunicação²¹⁹.

Frise-se que a função social do contrato não detém qualquer inspiração socialista, se consubstanciando em conceito próprio do regime capitalista, ao figurar como elemento indispensável da circulação de riquezas, devendo observar certos parâmetros constitucionais, e ser exercida dentro do interesse geral, passando a integrar o conceito de contrato, justificando-o e legitimando-o.

O poder das partes de autorregulamentar seus interesses econômicos permanece encontrando guarida junto ao ordenamento jurídico,

²¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 504.

²¹⁹ Segundo Teubner, “a distinção crucial entre sistema e meio envolvente – que constitui a característica central dos sistemas abertos (o que encontra uma réplica, no seio destes mesmos, no fenómeno da auto-diferenciação sistémica) conduz-no a centrar a atenção sobre conceitos tais como a relação *input-output*, capacidade de adaptação sistémica ao respectivo meio envolvente, restabelecimento do equilíbrio sistémico através da intervenção regulatória e organização “racional” e finalisticamente orientada. Racionalidade finalística, intervenção, organização, adaptação, manutenção do equilíbrio sistémico constituem conceitos-chave de estratégias políticas intervencionistas, endereçadas a produzir alterações específicas em vários domínios sociais servindo-se do direito. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 29.

contudo, o ato contratual exprime um conteúdo valorativo, que deve se coadunar com escolhas axiológicas do sistema, isto é, de forma a promover os valores básicos da ordem jurídica, “limitando a liberdade natural, uma efetiva liberdade social, assim nada que viole a própria liberdade”²²⁰.

A função social do contrato se apresenta como legitimador da liberdade de contratação ao passo que se refere a uma cláusula geral de funcionalização do ordenamento jurídico, que se interessa num primeiro momento pelo bem estar coletivo, detendo necessariamente um escopo social. Nenhum direito subjetivo investe seu titular unicamente de poder, atribuindo-lhe igualmente deveres, que devem se conformar ao atendimento da finalidade social, afinal, se se fez necessária a imposição de normas através do direito para a organização da sociedade, nada mais lógico que estas se voltem à proteção do ente coletivo.

Não há formas de limitação à liberdade de contratação, ato contínuo significando a liberdade, do latim *libertate*, um “poder agir, no seio de uma sociedade organizada, seguindo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas”²²¹, sendo assim as partes livres para pactuarem suas negociações, desde que satisfaçam aos interesses sociais, ainda que indiretamente, ou pelo menos abstenham-se de prejudicar a coletividade.

A função social do contrato como legitimadora da liberdade de contratação reside no fato de a cláusula geral tutelar interesses, não de cunho exclusivamente individual, mas de interesse social, valorizando a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa-fé, trata-se de uma nova ótica, onde a vontade perde a condição de elemento nuclear do contrato, emergindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

4.2.3 Bipartição da Função Social do Contrato: A Função Social Interna e Externa

Considerando que incidem sobre o contrato interesses tanto de ordem coletiva quanto individual, grande parte da doutrina²²² tende a esboçar a idéia

²²⁰ RULLI NETO, Antônio. Op. cit. p.193.

²²¹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário Aurélio**. Versão eletrônica. 2013.

²²² Este posicionamento não é pacífico, entendendo a parcela minoritária da doutrina pela eficácia isolada da socialização do contrato, que se esgotaria em seu aspecto externo, neste sentido: NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 208. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 48-51. SILVA,

de que sua funcionalização detém dupla eficácia no âmbito contratual: uma interna, vinculada às partes contratantes, e outra externa, referindo-se aos efeitos contratuais para além das partes, mitigando a clássica concepção do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Para definir a função interna e externa do contrato, Paulo Nalin utiliza a expressão intrínseca e extrínseca²²³, esclarecendo:

A primeira – intrínseca – é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpido no artigo 1.165 do *Code* (“as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...”), corolário lógico do princípio da liberdade contratual. Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo do campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.²²⁴

Em posicionamento similar, Judith Martins-Costa argumenta que a funcionalização do contrato é dotada de dupla eficácia, “uma intersubjetiva, relacionando as partes entre si; outra, trans-subjetiva, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados”²²⁵.

Coadunando-se ao entendimento da dupla eficácia, Flávio Tartuce salienta que a funcionalização “traz consequências para dentro do contrato (*intra partes*) e também para fora dele (*extra partes*). No mesmo escólio, Cláudio Godoy esboça que a função social do contrato estaria enrustida de duplo aspecto, “um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses práticos, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o

Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In SARLET, Ingo Wolfgang (Organização). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003. p. 133.

²²³ Em idêntico sentido CAMBLER, Everaldo Augusto; GONÇALVES, Carlos Roberto; MAIA, Mairan. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v. 3. Rio de Janeiro: forense, 2003. p. 11 e 15. GAGLIANO GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op., cit. p. 82.

²²⁴ NALIN, Paulo. Op. cit. p. 226.

²²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 75. No mesmo escólio FONSECA, Rodrigo Garcia. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39.

contrato”²²⁶.

Entende-se assim que a função social do contrato é revestida de dupla eficácia: a interna, atinente ao conteúdo pactual, e a externa, referente aos efeitos sociais promovidos pelo contrato, suavizando a concepção tradicional do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

4.2.3.1 Função social do contrato, seu conteúdo genérico inter partes. A eficácia interna

Conforme exposto acima, o contrato compõe uma relação jurídica entre as partes, vinculando-as juridicamente aos seus próprios interesses avançados, ou seja, todos os pólos da relação contratual possuem interesses em jogo, sendo justo que ambos vejam atendidas as suas expectativas.

Assim, a funcionalização do contrato se irradia para o interior da relação contratual, exigindo que os contratantes mantenham um pacto justo e equilibrado, adimplindo com os equitativos deveres laterais da convenção, no intuito de manter o tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais, com o objetivo de obstar que a legítima expectativa dos partícipes quanto à realização do interesse econômico subjacente ao contrato se frustrate, bem como vedar condutas abusivas no processamento da relação obrigacional.

Outra expressão do aspecto interno da função social do contrato é sua utilização como instrumento de equilíbrio contratual, vedando cláusulas abusivas ou iníquas, no que estaria compreendida a proteção ao adimplemento substancial e a vedação de cláusulas que imponham prestações desproporcionais a uma das partes, entre outras situações²²⁷.

Além disso, o aspecto interno da socialização pactual direciona para

²²⁶ GODOY, Cláudio Luis Beuno. Op. cit., p. 07.

²²⁷ Embora seja um ponto altamente controverso, Rodrigo Fonseca defende que a função social do contrato, justifica, nesse contexto “a proteção da parte economicamente mais fraca da relação”. FONSECA, Rodrigo Garcia. Op. cit., p. 236. Contraoendo a esta idéia há que se argumentar que a despeito de a função social do contrato poder atuar em benefício da parte hipossuficiente, não há nas relações regidas pelo Código Civil a presunção de desequilíbrio de forças entre os contratantes, ao menos num primeiro momento, de forma se apresenta como indispensável tecer pormenorizada análise em cada caso concreto.

sua principal causa²²⁸ e serventia, denominada também de função socioeconômica do contrato, que reside justamente na satisfação dos interesses das partes, como bem expõe Roxana Borges²²⁹:

Para satisfação dos interesses das partes que, isoladamente, não poderiam obter certos bens ou serviços, precisando, para isso, da colaboração da outra parte. Assim, a função sócio-econômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção desta satisfação. Quando o contrato não permite esta satisfação, servindo para outro fim, como o alcance dos interesses de apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre sua função social considerada justificativa jurídica para sua tutela pelo ordenamento. Assim, o contrato que não cumpre sua função social, no aspecto interno, tem sua finalidade esvaziada ou desviada, carecendo de justa causa para sua tutela. Se dado pacto não se reveste desta utilidade, há problema quanto à sua validade e eficácia. Se o contrato é bom ou funciona apenas para uma das partes (tratando-se de contratos bilaterais, onerosos), expressa abusividade e não atendimento de sua função interna. Se aquele vínculo serve apenas a uma das partes quando, de início, deveria servir às duas, não há justificativa jurídica nem social para sua manutenção. Se o contrato não serve a ambas as partes, mas apenas a uma delas, não cumpre sua função interna e precisa ser corrigido.²³⁰

Desta feita, o pacto que não alcança a sua função social interna descumpre com a sua finalidade, carecendo de justa causa para sua tutela, podendo e devendo ser interpelada judicial para que se estabeleça o equilíbrio contratual cumprindo com a socialização contratual.

Constata-se desta feita que a função social do contrato em seu aspecto interno emerge como uma diretriz interpretativa do conteúdo convencionado, vedando a adoção de condutas abusivas e direcionando a conduta das partes, visando a satisfação dos interesses dos pactuantes e o resguardo de valores relevantes socialmente, bem como promovendo a observância dos princípios da eticidade e do equilíbrio contratual nas relações estabelecidas entre os contratantes, garantindo, portanto, a justiça interna do contrato.

²²⁸ Em idêntico sentido GOMES, Orlando. Op. cit., p. 22.

²²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 247.

²³⁰ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 226.

4.2.3.2 Função social do contrato, seu conteúdo genérico *ultra partes*. A eficácia social. A eficácia externa

Noutro enfoque há também que se analisar a função social externa do contrato.

Por uma vertente todo pacto é influenciado pelas condicionantes sociais do meio, por outra, ultrapassa o indivíduo envolvido diretamente no contrato, alcançando a transindividualidade, provocando reflexos sobre a coletividade, que mesmo não evolvida diretamente na relação obrigacional, é por este socialmente interessada.

Conforme já salientado anteriormente, contemporaneamente o contrato não pode ser encarado como mero instrumento de circulação de riquezas, mas sobretudo como um instrumento de desenvolvimento social, sendo impositivamente submisso aos interesses da ordem social, obstando que a persecução de interesses individuais não entrem em colisão com valores constitucionais superiores, sintetizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pondo à evidência a função social do contrato.

Não há dúvidas de que os efeitos do pacto não permanecem circunscritos aos contratantes e embora seu objetivo primeiro seja a satisfação dos interesses das partes, não há como olvidar-se dos efeitos laterais da convenção – mais ou menos evidentes, a depender das circunstâncias de cada caso concreto – que refletem em outros sujeitos, outros contratos ou em toda a coletividade, revelando seu conteúdo genérico *ultra partes*.

Nesse meandre visualiza-se um dos fundamentos da função social do contrato, qual seja, a solidariedade, que preza pela colaboração entre todos, sendo estes participantes diretos do pacto ou não.

Outra situação a ser analisada é a de que a função social do contrato, em seu aspecto externo, não pretende ceifar a autonomia privada dos contratantes, mas de servir como proteção aos direitos de terceiros, que igualmente não podem ser violados.

Sobre esta questão Miguel Reale esclarece:

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento²³¹.

Ainda sobre essa questão, mister a transcrição do Enunciado 23 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.²³²

Isto é, não significa que a função social do contrato aniquile a autonomia contratual, mas que consiste num mecanismo de tutela a interesses sociais, visando sempre o resguardo da dignidade da pessoa humana.

Sob outro prisma, insta salientar ainda que o aspecto externo da função social do contrato apresenta-se em duplo sentido: “revela-se, de um lado, nos benefícios ou prejuízos que um contrato possa acarretar para terceiros não contratantes. De outra parte, se faz presente com relação aos benefícios ou prejuízos que os terceiros possam carrear aos contratantes”²³³

Desta feita, a socialização do pacto não representa unicamente a defesa dos direitos da coletividade dos abuso do direito de contratar das partes, servindo ainda à proteção dos contratantes e do próprio contrato do abuso de terceiros, revelando-se uma verdadeira via de mão dupla.

Verifica-se assim que o aspecto externo da função social do contrato impõe uma releitura ou uma reinterpretação do princípio clássico da relatividade dos efeitos contratuais de acordo com os objetivos e fundamentos constitucionais, não devendo jamais descurar da complexidade de interesses sociais e da prevalência máxima da dignidade da pessoa humana.

²³¹ REALE, Miguel. op. cit., p. 184.

²³² CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Primeira jornada de Direito Civil**. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 23 jan. 2013.

²³³ FONSECA, Rodrigo Garcia. Op. cit., p. 39.

4.2.3.2.1 *A releitura/reinterpretação do princípio da relatividade à luz da função social do contrato*

Adotado o posicionamento de bipartição da estrutura da função social do contrato, verifica-se indissociável de seu aspecto *ultra partes*, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Conforme abordado no item 3.1.4, o clássico princípio da relatividade dos efeitos do contrato mantinha o dogma de que o contrato teria seus efeitos restritos às partes que o celebraram (efeitos internos), ou seja, a relação contratual seria totalmente oponível perante terceiros, servindo como forma de defesa dos termos pactuados e de sua execução.

Sob esta ótica individualista e voluntarista, pautada exclusivamente no indivíduo/patrimônio, a autonomia da vontade, considerada fundamento do *pacta sunt servanda*, tinha como “parte” integrante do contrato os indivíduos que manifestaram vontade com escopo de formação do vínculo contratual, e o “terceiro” seria todo elemento estranho à formação do pacto²³⁴, assim, considerando que as obrigações emanam tão-somente da vontade validamente manifestada pelas partes, quem não a manifestou não estaria a esta vinculado, de forma que a obrigatoriedade do contrato alcançaria exclusivamente as partes.

Com a passagem para o Estado Social, a introdução da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a despatrimonialização do Direito Civil, reconheceu-se que o contrato não deve ser concebido como uma relação restrita às partes contratantes, na medida em que tem como cenário a sociedade como espaço no qual nasce e se desenvolve, repercutindo inevitavelmente no campo das relações coletivas, devendo cumprir obrigatoriamente com sua função social, como bem explica Teresa Negreiros:

A função social do contrato é, neste passo, resultado do novo fundamento da sua força obrigatória, que se deslocou da vontade da lei. A força vinculante do contrato, porque fundada na lei, passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas pela ordem pública, e não mais ser interpretada como apenas um instrumento de satisfação dos interesses individualmente considerados.²³⁵

Ou seja, trata-se da verdadeira mitigação do princípio da relatividade

²³⁴ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 218.

²³⁵ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 231.

dos efeitos do contrato.

Neste diapasão esboça Miguel Lopes:

(...) a verdade é que nenhum dos nossos atos se circunscreve, em seus efeitos, a nós mesmos ou aos que nele intervieram diretamente. Se de um lado, constitui verdade indenegável a de que nenhum terceiro pode ser vinculado a um contrato no qual não consentiu, por outro lado, não menos incontestável é que a existência de uma obrigação, de um contrato ou de qualquer outro ato jurídico representa um fato social, e que, como tal, produz os seus efeitos num meio social, com repercussões e reações em face de terceiros, que delas não pode escapar.²³⁶

A socialização contratual inseriu o ideário coletivo nas relações obrigacionais, passando o pacto a ser encarado como um verdadeiro instrumento de convivência social, atrelando a atividade negocial com os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Destarte, atendendo à interdependência destes princípios e à função social do pacto, torna-se imperativa a releitura/reinterpretação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, de modo que toda a disciplina contratual se harmonize, principalmente com os fundamentos constitucionais.

Por evidente que a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato permite que o domínio da eficácia obrigatória avance na figura do “terceiro”, quadrando destacar que o critério individualista de identificação de “partes” e “terceiros” em matéria contratual, não mais se adequa à teoria contemporânea, pautada na função social e na boa-fé-objetiva, esclarecendo Tereza Negreiros:

Surge no processo de socialização do contrato a necessidade de proceder a uma nova qualificação de ‘partes’ e ‘terceiros’, a qual não arranque exclusivamente da vontade e considere outros fatores como relevantes na elaboração dessa *summa divisio*.²³⁷

É necessário reconhecer a interação e a variabilidade existentes nas relações contratuais contemporâneas, principalmente com relação aos “terceiros”, considerando os relevantes reflexos sociais que geram os contratos, que não podem mais serem concebidos como um instrumento hermeticamente fechado, vez que conduzem inevitavelmente a interações entre as “partes” e o meio em que se

²³⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Vol. III. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 109.

²³⁷ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 220-221.

consolidam os pactos.

Jacques Ghestin defende que a teoria contratual contemporânea não repele a vontade como critério indicativo da qualidade da “parte”, contudo a expande para considerar a vontade que o contratante tem de estar vinculado ao contrato, eboçando ainda que a fixação desta qualidade não se restringe ao momento da celebração do pacto (como na teoria clássica), podendo ser adquirida após sua conclusão e até mesmo durante sua execução, quando os elementos podem anuir ou modificar a convenção por intermédio do mesmo procedimento contratual, tornando-se “partes”²³⁸.

Além disso, as manifestações de vontade aptas à formação de relações obrigacionais devem ser compreendidas e interpretadas contextualmente, em alinhamento com a ordem constitucional e contratual contemporânea, o que significa a imperativa observância à função social do contrato, que expõe a necessidade de estender os efeitos obrigatórios do pacto a quem, embora não o tenha convencionado, seja por ele atingido.

Dessa forma, a visão contemporânea do princípio da relatividade dos efeitos do contrato aventa a possibilidade da relação obrigacional vir a criar direitos e/ou obrigações a terceiros que não manifestaram sua vontade por ocasião da celebração do pacto, não por vontade das partes, mas pela própria imposição da ordem jurídica²³⁹, não significando, em regra, que passaram a integrar a convenção, contudo, “não podem se comportar como se o contrato não existisse”²⁴⁰.

O terceiro não pode ignorar a pretensão contratual, comportando-se de modo a prejudicar o adimplemento, tanto dos deveres principais, como dos deveres acessórios do pacto, como é o caso dos derivados da cláusula geral da

²³⁸ GHESTIN, Jacques. Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. *In Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 4. Ano 93. França: Sirey, out/dez 1994. p. 785.

²³⁹ A pessoa também pode ser considerada parte por determinação legal, podendo-se citar o exemplo de sucessão empresarial, onde os sucessores podem tornar-se credores/devedores de contratos concluídos anteriormente, não em decorrência de sua própria manifestação de vontade no momento da celebração do pacto, mas ao longo de sua execução por imposição da norma jurídica (ver Capítulo X do Código Civil de 2002). Mulholland menciona o exemplo da sucessão a título universal e, também, o caso da representação legal, na qualidade de parte, segundo a autora, não decorre da vontade do representante de se obrigar, mas de imposição legal que prevê a necessidade de representação do absolutamente incapaz para os atos da vida civil. MULHOLLAND, Caitilin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. *In: MORAES, Maria Celina Bordin de (Coordenação). Princípios de Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 270.

²⁴⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Op. cit. p. 116.

boa-fé²⁴¹.

Decorre deste fator a necessidade de distinção entre as noções de “oponibilidade” e “relatividade” contratual.

Martins-Costa esclarece que sendo o pacto também um fato social, é elementar a emersão de situações jurídicas aptas a prejudicarem direitos de “terceiros” ou proporcionarem-lhes vantagens, assim considerando, embora o contrato não os vincule diretamente, as “partes” podem opor seus direitos a terceiros, que devem respeitar os direitos dos contratantes²⁴².

Em resumida epítome, a oponibilidade implica no conhecimento de terceiros acerca da existência do contrato, o que exige, tratando-se de um fato social, que seja respeitado.

Por sua vez, a relatividade dos contratos refere-se ao pactuado pelas próprias partes, ou seja, à sua força obrigatória, o que fica restrito, em regra, somente aos contratantes.

A distinção entre oponibilidade e relatividade é muito bem traduzida por Tereza Negreiros:

Todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).²⁴³

Feitas estas considerações, Ghestin sustenta que somente em fase de execução contratual é que se torna possível a avaliação de quem está atrelado aos efeitos obrigatórios do contrato (eficácia direta e efeitos relativos) - sendo “partes” tanto os que manifestaram sua vontade para formação do pacto, quanto os elementos vinculados a este por ocasião de sua execução - e de quem detém o mero dever de respeito à situação jurídica concretizada (oponibilidade do contrato) – consistindo o “terceiro” naquele que deve respeitar a convenção, não estando

²⁴¹ PENTEADO, Luciano Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: USP. Tese de doutorado, 2006. p. 216.

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 56.

²⁴³ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., 272-273.

vinculado a qualquer obrigação contratual²⁴⁴.

Com base nestas explicações pode-se sustentar que a releitura do princípio da relatividade à luz da função social do contrato conduz à conclusão por duas hipóteses principais: a) a de que terceiros não podem interferir indevidamente nos contratos celebrados; e b) a de que terceiros não podem sofrer as consequências decorrentes de um relação contratual existente.

4.2.4 O Contrato Ofensivo a Interesses Transindividuais. Extensão da Eficácia a Terceiros Não-determinados e a Bens Fundamentais da Coletividade

Os ideários da função social trazidos pela Constituição Federal e expresso junto a nova sistemática do Código Civil, nos quais se promove a especial proteção a determinados interesses de cunho coletivo e social, privilegia a concepção da relatividade, conduzindo à conclusão de que a atuação de terceiros deve se abster de lesionar os direitos pactuados em relações obrigacionais, bem como vedando que a manifestação de vontade das partes ocasione reflexos negativos na seara social lesionando direitos da coletividade.

Afinal, a teoria contratual contemporânea traz a concepção de que o instrumento jurídico formador de relações obrigacionais é, sobretudo, revestido de uma natureza social, não considerando isoladamente o momento de manifestação da vontade (consenso) das partes e seus aspectos internos, mas principalmente os efeitos que o contrato provocará junto à sociedade²⁴⁵.

Nesse contexto, Judith Martins-Costa afirma que “a mais prestante – e inovadora – eficácia do art. 421 diz respeito, no entanto, à extensão da eficácia – positiva e negativa – a terceiros não-determinados e a bens de interesse comum”²⁴⁶.

Esta previsão decorreu da necessidade de proteção a interesses transindividuais²⁴⁷, como aqueles difusos²⁴⁸ e coletivos²⁴⁹, bem como os interesses

²⁴⁴ GHESTIN, Jacques. Op. cit., p. 786.

²⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 210.

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 104.

²⁴⁷ “Muito embora determinem um grupo de sujeitos que compartilham certa característica (interesse ou situação de fato) em comum, os direitos denominados transindividuais ou metaindividuais, gênero dos que os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies, representam um tipo intermediário de direitos, uma zona emergente entre os direitos individuais clássicos e os interesses coletivos tutelados pelo Estado. Nesta esteira de raciocínio, os direitos transindividuais ultrapassam os limites tradicionais do direito e deveres individuais. Referem-se a objetos, em geral, indivisíveis. Significa dizer que são, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém. Há, assim,

individuais homogêneos²⁵⁰ (art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor²⁵¹), que embora sejam de extrema importância, são constantemente lesados por contratos.

Esta situação foi identificada também pelo Enunciado 23 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.²⁵²

Fato é que no escopo de tutelar não apenas os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a República Federativa do Brasil, quando elegeu como fundamento constitucional a livre iniciativa, advertiu acerca de seu *valor social*, enfatizando nesse sentido José Afonso da Silva que “no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como

uma pluralidade de titulares indeterminados conectados entre si por contextos específicos. Seu alcance, assim, é amplo, mas incerto e impreciso. São exemplos mais comuns: direitos do consumidor e meio ambiente”. MARSILLAC, Narbal de. GONÇALVES, Roberta C. A análise Retórica, os Direitos Transindividuais e os Direitos Humanos. *In Revista Prima Facie*, vol. 10, 19, ano 10, João Pessoa, jul/dez, 2011, p. 104.

²⁴⁸ Direitos difusos são espécies do gênero de direitos metaindividuais e ocupam o topo da escala de indivisibilidade e falta de atributividade a determinado indivíduo ou grupo, sendo a mais ampla síntese dos interesses de uma coletividade, verdadeiro amálgama do interesse em torno de um bem da vida. ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da saúde**. Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 2001. p. 32.

²⁴⁹ Os interesses coletivos têm natureza indivisível, à medida que não podem ser compartilhados individualmente entre seus titulares. Atendido o interesse de um, estará atendido o de todos. Essa espécie de interesse pertence a uma categoria determinada ou, pelo menos, determinável de pessoas. São titulares de tais interesses os membros de determinada classe, categoria ou grupo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

²⁵⁰ Os direitos individuais homogêneos são, em seu aspecto subjetivo, individuais, uma vez que é possível a identificação de seus respectivos titulares e de suas relações com o objeto do direito. A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância do fato de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”. Ademais, são divisíveis, pois podem ser satisfeitos ou lesados de forma individualizada, possibilitando-se a satisfação ou lesão de um ou alguns sem que se afetem os demais. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

²⁵¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Brasília, 1990.

²⁵² CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Loc. cit.

valor o lucro pelo lucro”²⁵³, devendo sempre ser mantido como fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

A faculdade de os contratantes pactuarem suas relações obrigacionais de modo a satisfazerem seus interesses, pondo em prática a livre iniciativa, demanda contenções em favor de interesses hierarquicamente superiores constitucionalmente²⁵⁴.

Depreende-se da análise da cláusula geral da função social do contrato que esta foi criada justamente com o escopo de albergar não somente, mas principalmente, direitos transindividuais, de forma a obstar que interesses individuais façam sobreposição aos interesses de toda uma coletividade, estendendo sua eficácia a terceiros não-determinados e a bens fundamentais da comunidade.

Exemplo emblemático da extensão da eficácia a terceiros não determinados diz respeito aos contratos que envolvam ou provoquem reflexos no meio ambiente.

Como já salientado, a Constituição Federal elegeu em seu art. 225 o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito difuso), elencando-o como essencial à sadia qualidade de vida. Além disso, em seu art. 170 arrolou a proteção ao meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica, visando a consolidação de um desenvolvimento sustentável.

Desta forma, considerando a importância do meio ambiente e a relevância deste para a sociedade, tanto no sentido de uma sadia qualidade de vida, quanto para o funcionamento da ordem econômica, nos contratos que o envolvem ou lhes provoca reflexos é indispensável a observância de que os contratantes “têm deveres além daqueles assumidos interpartes, pois seu acordo não pode causar dano à sociedade, devendo respeitar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dos que não formaram o contrato, mas que sofrem seu impacto”²⁵⁵.

Ultrapassando a fronteira da função social, neste caso atinente à proteção do meio ambiente, o contrato deixa de fazer jus à tutela jurídica, pondo em xeque sua validade e eficácia, podendo ser revisto judicialmente por iniciativa de terceiros, afinal, trata-se de lesão à direito difuso.

²⁵³ SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60.

²⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In **Revista MPMG Jurídico Cesf**. Ano II, número 9, abril/maio/junho 2007. p. 14-15.

²⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 241.

Assim sendo, todas as vezes que um pacto for revestido de cláusulas aptas a provocarem danosidade social a direitos difusos, prejudicando universalidade indistinta de pessoas, estará descumprindo com sua função social, legitimando-as a discutir a higidez pactual, desencadeando sua correção judicial, com a consequente responsabilização das partes, que devem ser obrigadas a reparar os danos experimentados pela coletividade por si provocados, eis a hodiernamente famigerada função socioambiental do contrato.

5 FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO: SEUS DIVERSOS ASPECTOS

De acordo com o já explanado anteriormente, após a despatrimonialização do Direito Civil, introduziu-se nos contratos a exigência ao atendimento de uma determinada função social, onde o pacto, além de promover a satisfação dos interesses das partes que o celebram, deve se adequar aos interesses sociais, ou seja, promover a realização do bem comum, implantando uma verdadeira socialização contratual, que pode ser compreendida também como um processo de democratização jurídica, onde a lei deve servir à proteção do bem estar de todos, indistintamente.

Ato contínuo, o cenário mundial ambiental reivindica sustentabilidade, equilíbrio no manejo e utilização de recursos naturais, e por sua vez, o contrato pode ser considerado como um dos mecanismos de maior influência no desenvolvimento de operações econômicas. Desta forma, visando possibilitar a concretização do desenvolvimento sustentável é que se ramificou a função social do contrato, emergindo a função socioambiental do contrato, como cláusula geral implícita nos instrumentos contratuais, que são “constantemente examinadas e reformuladas à luz da informação renovada sobre estas práticas, alterando assim construtivamente seu caráter”²⁵⁶.

Este redimensionamento jurídico necessário de valores e compreensões elevou a figura do particular como um dos agentes ativos na construção do desenvolvimento sustentável, atribuindo-lhe responsabilidade pela preservação ambiental, que não é exclusiva dos entes públicos, exigindo que os negócios cotidianos atuem como mecanismos de tutela ambiental, auxiliando na construção do Estado Ambiental (aspecto abordado no item 2.7 deste estudo).

A respeito desta questão argumenta Alexandre Henrique Tavares Saldanha:

²⁵⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 45.

A própria natureza difusa dos direitos relacionados ao meio ambiente dificulta sua pré-compreensão, sua codificação em esquemas capazes de definir titularidades e a criação suficiente de instrumentos jurídicos hábeis para regulamentação e controle de todos os comportamentos de interação com recursos naturais. Sendo assim, quanto mais agentes e mecanismos disponíveis para uso houver, mais facilmente tais direitos conseguirão obter êxito em suas finalidades, daí imprescindível a evocação da função socioambiental nas relações jurídicas privadas e o uso deste valor como critério na solução de conflitos gerais e especificamente ambientais.²⁵⁷

Destarte, a cláusula geral da função socioambiental do contrato intui que a satisfação dos interesses dos contratantes atue em conformidade com os interesses ambientais da coletividade, sendo que “a atividade contratual não apenas deve ser ‘não-lesiva’, deve ser preventiva e promocional do meio ambiente”²⁵⁸. Assim, princípios constitucionais e ambientais devem servir como base para a composição do instrumento contratual.

Em analogia à clássica função social do contrato, a função socioambiental do contrato igualmente detém eficácia *intra* e *ultra* partes, desta forma, embora o pacto detenha o escopo de satisfazer o interesse das partes com base num mecanismo de troca, a convenção identicamente não pode promover prejuízo ambientais de qualquer proporção a terceiros.

Internamente deve o acordo manter prestação e contraprestação equacionadas em harmonia, encontrando óbices em ser útil a apenas um dos contratantes, ou seja, deve haver atendimento ao princípio do equilíbrio econômico do pacto, predominando a igualdade substancial, que significa, de acordo com a doutrinadora Teresa Negreiros, que “o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento de outro contratante”²⁵⁹.

²⁵⁷ SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró-sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas. *In Revista Veredas do Direito*, v. 8, n. 16, Belo Horizonte, julho/dezembro 2011. p. 107. Neste sentido, Paula Braga acrescenta que um contrato com exigência socioambiental estaria cumprindo seu papel de instrumento de defesa do meio ambiente por meio de normas positivas, tais imposições, pois se antes os direitos fundamentais incidiam exclusivamente em relações públicas, impondo ao Estado o *múnus* de não violá-los, com essa sua nova perspectiva objetiva e socializante, estendem-se para as relações privadas, para exigir respeito também dos atores privados. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodium, 2008. p. 114.

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 57.

²⁵⁹ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 158.

Assim, num contrato de compra e venda de crotolárias²⁶⁰ utilizadas na adubação verde, sem qualquer prejudicial ao meio ambiente, celebrado entre a empresa produtora e o agricultor, deve, satisfazer tanto o interesse de lucro da produtora, bem como atender as expectativas do agricultor, que terá sua terra adubada com conseqüente melhoria na colheita de seu plantio, sempre pautado nos limites da equidade e da boa-fé objetiva, controlando a conduta das partes durante todo o desenvolvimento da avença contratual e até mesmo posteriormente nos casos em que esta conduta de colaboração pode ser considerada como a esperada dentro de uma sociedade justa, cumprindo assim o contrato com sua função socioambiental interna.

Sob outra ótica, o contrato também deve se ater à sua eficácia externa, onde se vincula aos efeitos produzidos junto à sociedade. A eficácia da função socioambiental do contrato *ultra partes* veda que um pacto, mesmo que celebrado dentro de suas condições de validade (por agente capaz, contendo objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei), venha projetar reflexos ambientais negativos no seio da sociedade.

Incorrendo nesta hipótese, Calixto Salomão Filho avalia que, consistindo o contrato em instrumento de organização social e econômica, e implicando sua execução em risco de dano ambiental, desde que comprovado, o instrumento pode/deve ter sua eficácia contestada ainda que inexista lesão específica a dispositivo de lei ambiental²⁶¹.

Ou seja, não atendendo o pacto às funções essenciais ao bem ambiental comum, violando direitos transindividuais ou lhes prejudicando, direta ou indiretamente, descumpra-se a função socioambiental do contrato, o que autoriza sua imediata correção pelo Poder Judiciário.

Toma-se como exemplo um contrato de construção por empreitada, onde o empreiteiro se comprometa com o contratante a construção de uma casa

²⁶⁰ Crotolárias são plantas leguminosas utilizadas na adubação verde do solo aptas a enriquecê-lo após sua decomposição com a liberação de nitrogênio em forma de amônio, que se tornará nitrato, em razão da atuação dos micro-organismos nitrificantes. Esse nitrato permanecerá no solo e quando houver novo plantio, haverá uma pequena parcela de amônio e uma grande parcela de nitrato, garantindo uma boa colheita com pouca necessidade de utilização de adubo nitrogenado mineral. A adubação verde não só é fonte de nitrogênio, como também recicla outros nutrientes, aumenta o teor de carbono no solo, melhora a umidade e quebra ciclos de doenças e pragas no solo, o que é bastante benéfico ao meio ambiente. POLIDORO, José Carlos. Entrevista concedida ao Programa **Globo Ciência** em 30 jul. 2011.

²⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras linhas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 823, maio, 2004. p. 85.

com estrutura em madeira. Não sendo a madeira utilizada na construção devidamente certificada, embora o contrato esteja sendo adimplido, sua eficácia *ultra partes* o compromete, vez que o desmatamento ilegal provoca impactos negativos em toda a coletividade.

Ademais, e sob outro quadrante, o contrato desempenha distinta função socioambiental ao impor aos contratantes a preocupação com a utilização adequada dos recursos naturais e da preservação ao meio ambiente.

Atendida a função socioambiental do contrato, além das partes diretamente envolvidas no pacto ganha também a sociedade enquanto titular do direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, coletividade esta que tem, juntamente com o Estado, o ônus da tutela ambiental garantindo que os recursos naturais estejam disponíveis para as presentes e futuras gerações.

É justamente em razão da relevância do meio ambiente para a sociedade, que a função socioambiental do contrato foi elevada a um dos mais altos graus de essência do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual os particulares não podem deixar de observá-lo, sendo permitido/obrigatório a terceiros que se oponham a pactos prejudiciais ao meio ambiente, seja pela via administrativa, seja pela via judicial²⁶².

Ilustrando a questão, transcreve-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil, administrativo, ambiental e urbanístico. Loteamento city lapa. Ação civil pública. Ação de nunciação de obra nova. Restrições urbanístico-ambientais convencionais estabelecidas pelo loteador. Estipulação contratual em favor de terceiro, de natureza propter rem. Descumprimento. Prédio de nove andares, em área onde só se admitem residências uni familiares. Pedido de demolição. Vício de legalidade e de legitimidade do alvará. Ius variandi atribuído ao município. Incidência do princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental. Violação ao art. 26, vii, da lei 6.766/79 (lei lehmann), ao art. 572 do código civil de 1916 (art. 1.299 do código civil de 2002) e à legislação municipal. Art. 334, i, do código de processo civil. Voto-mérito. 1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços

²⁶² BARROSO, Lucas de Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (Organização). **Questões controvertidas no novo Código Civil: no direito das obrigações e dos contratos**, v. 4. São Paulo: Método, 2005. p. 283.

de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. 2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos. 3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. 4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza propter rem no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucedores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. 5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição). 6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano. 7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). 8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. 9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas. 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse

público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. 12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição. 13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arremio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários. 14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa. 15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe? *nemo dat quod non habet*. 16. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista

empresário, com o apoio do Administrador desidiioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns. 17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente. 18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável. 19. Recurso Especial não provido. (grifos inexistentes no original). (REsp 302906/SP. Recurso Especial 2001/0014094-7. Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª. Turma. Julgamento 26/08/2010. Publicação DJe 01/12/2010)²⁶³.

Nesse viés, verifica-se que o grande salto qualitativo identificável junto ao art. 421, trata-se da compreensão de que a liberdade de cada um deve ser exercida de maneira consonante ao bem comum, em concordância com a função socioambiental do contrato, pressupondo internamente conformado o direito de liberdade de contratar onde o bem comum tenha especial relevância²⁶⁴, principalmente quando estejam em questão interesses caros à toda a sociedade, como o meio ambiente e o próprio desenvolvimento sustentável.

A função socioambiental do contrato impõe a defesa e proteção do meio ambiente quando da celebração de contratos, o que demonstra não apenas uma evolução jurídica, mas também uma evolução social no que tange à busca da melhoria da qualidade de vida dos seres vivos no planeta.

²⁶³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=fun%E7%E3o+ambiental+contrato&b=ACOR. Acesso em 07/05/2013.

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 58.

5.1 A INCORPORAÇÃO DAS CLÁUSULAS SOCIOAMBIENTAIS NOS CONTRATOS

Ante o cenário ambiental hodierno, a inclusão de cláusulas socioambientais nos contratos apresenta-se como fundamental, devendo ser compreendidas como instrumento efetivo dos princípios da precaução e da prevenção a danos ambientais que as atividades econômicas podem provocar, mesmo que em período futuro.

No direito positivo brasileiro o princípio da precaução encontra seu fundamento junto ao art. 4º., incisos I e IV da Lei 6.938/81²⁶⁵, que prevê a necessidade de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e a utilização racional dos recursos ambientais.

Ante sua relevância, embora o princípio da precaução não possua disposição constitucional, encontra previsão junto a Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

Artigo 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.²⁶⁶

Cristiane Derani explica que “o princípio da precaução se resume na busca do afastamento, no tempo e espaço do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades”²⁶⁷.

O princípio da precaução é o que interfere nas hipóteses em que o meio ambiente venha experimentar impactos desencadeados por novos produtos ou tecnologias que ainda não possuem histórico de informações conhecido e satisfatório que garanta que as conseqüências advindas não causarão danos ao meio ambiente²⁶⁸.

²⁶⁵ Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; (...) IV – ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para uso racional de recursos ambientais. BRASIL. **Lei 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Loc. cit.

²⁶⁶ BRASIL. Declaração do Rio de Janeiro. *SCIELO BRASIL*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 25/02/2013.

²⁶⁷ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2008. p. 180.

²⁶⁸ MÖLLER, Ana Karina Ticianelli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental**. Londrina, 2010. p. 05.

Já o princípio da prevenção encontra previsão implícita junto ao artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe acerca do dever de preservação do meio ambiente que se impõe à coletividade e ao Poder Público.

O princípio da prevenção num conceito amplo se refere ao conhecimento antecipado dos danos que podem ser causados ao meio ambiente em determinadas situações e a concretização de providências para evitá-los. Neste caso, já é totalmente constatável o nexo de causalidade entre a ação determinada e os potenciais riscos que ação pode ocasionar ao meio ambiente²⁶⁹.

Ante a apresentação destes conceitos, embora vislumbre-se uma tênue distinção, inegável a estreita relação de continência entre os princípios da prevenção e da precaução, que se apresentam como normas basilares do Direito Ambiental, que impõem práticas e condutas específicas no escopo de obstar o dano ambiental, tendo em vista a usual impossibilidade de reparação efetiva da natureza. Nesse sentido, Canotilho e Vital Moreira afirmam que as atuações negociais “devem evitar sobretudo a criação de poluição e perturbações na origem e não apenas combater posteriormente seus efeitos, sendo melhor prevenir a degradação ambiental do que remediá-la *a posteriori*”²⁷⁰.

Em outras linhas, verifica-se assim que tanto o princípio da precaução como o da prevenção encontram-se estreitamente vinculados à sustentabilidade ambiental das atividades negociais, haja vista que implicam numa ação antecipatória à ocorrência do dano ambiental, o que garante tanto proteção à dignidade humana de toda coletividade quanto a manutenção de recursos naturais aptos à continuidade das atividades econômicas, consistindo a incorporação de cláusulas socioambientais nos pactos verdadeiro mecanismo de instrumentalização destes princípios.

Ademais, a inclusão de cláusulas socioambientais nas convenções negociais detém duplo escopo: o de prever eventuais riscos econômicos e jurídicos que possam afetar o meio ambiente através do objeto do contrato; bem como contribuir para o desenvolvimento sustentável e a consolidação da função socioambiental dos contratos.

Ana Luci Grizzi comenta sobre os resultado da inclusão de cláusulas

²⁶⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 80.

²⁷⁰ CANOTILHO, Jos;e Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 348.

socioambientais nos contratos:

(i) imediatamente, na gestão de riscos ambientais inerentes às atividades econômicas por meio de minimização das contingências ambientais derivadas do objeto do contrato, resultado esse que beneficia diretamente as partes contratantes e indiretamente toda a sociedade; e (ii) mediamente, em valiosa contribuição para o desenvolvimento sustentável.²⁷¹

Destarte, tanto para benefício dos contratantes quanto da coletividade, a negociação deve ser materializada com variáveis socioambientais claras e exequíveis, sempre observando as normas ambientais.

Além disso, ao incorporar cláusulas socioambientais, os contratantes devem ter plena consciência de que seu negócio/empreendimento pode provocar danos irreparáveis ao meio ambiente e conseqüentemente à sociedade, o que acarretará a responsabilização das partes nas esferas administrativa, civil e penal, além de desencadear uma forte repercussão negativa junto à imagem dos contratantes.

Isso significa que, os pactuantes anteriormente à materialização contratual, devem promover a observância dos reflexos que o objeto contratual pode provocar junto a si e à coletividade, devendo fazer uso de todos os mecanismos de precaução e prevenção para extirpá-los, atentando-se sempre para a legislação ambiental, o que paulatinamente edificará a credibilidade do contratante junto ao mercado e à sociedade, eliminará sanções e multas e reduzirá e até mesmo extirpará os custos com a recuperação dos danos ambientais.

Como exemplo prático de inclusão de cláusulas socioambientais nos contratos, o Banco do Brasil em seu Relatório Anual do Banco do Brasil S.A. do ano de 2010, passou a exigir a incidência de variável socioambiental em pactos a serem celebrados entre a instituição financeira e seus fornecedores, no intuito de garantir a observância à função socioambiental do contrato:

O Banco possui uma política específica de relacionamento com seus fornecedores, pautada na ética e na transparência. Além dos critérios relacionados à economicidade, atendimento à legislação, especificações de qualidade dos produtos e serviços e confiabilidade nos prazos de suprimentos, é considerado o atendimento aos requisitos de responsabilidade sociambiental.

Por estar sujeito à Lei de Licitações e Contratos e demais legislações

²⁷¹ GRIZZI, Ana Luci Limonta Esteves. **Direito ambiental aplicado aos contratos**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008. p. 60.

afetas, o Banco do Brasil traz para si uma acirrada fiscalização de órgãos externos, como o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria Geral da União (CGU), o que assegura transparência, acompanhamento e respeito aos diversos públicos de interesse.

Abaixo consta a relação de providências já implementadas relativas ao assunto:

(...)

b) inclusão de cláusula socioambiental nas minutas de contrato, na qual o fornecedor declara e obriga-se a exercer suas atividades considerando práticas sustentáveis como proteger e preservar o meio ambiente, não utilizar práticas discriminatórias ou de trabalho ilegal e/ou análogo ao escravo, ou ainda, não empregar menores, salvo na condição de aprendiz e em conformidade com a legislação vigente.²⁷²

Desta forma, verifica-se que a inclusão de cláusulas socioambientais nos contratos traz benefícios tanto para os contratantes quanto para a sociedade em geral, cumprindo com o escopo máximo de preservação ambiental. Por evidente que é necessário ainda uma maior adesão da prática negocial ambiental entre os contratantes, o que demanda aumento da conscientização dos benefícios que a incorporação destas variáveis ambientais representaria para estes.

5.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA CONTRATAÇÃO DA ATIVIDADE POLUIDORA

Vencida a questão das consequências ao descumprimento da função socioambiental do contrato, há que se analisar a responsabilidade pela contratação de atividades poluidoras.

De acordo com o artigo 3º da Lei 6.938/81, poluidor é “toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”, ou seja, legalmente, poluidor é todo agente contratual que contrata a atividade poluidora, bem como aquele que realiza diretamente a ação.

Assim, no tange à responsabilidade pelo dano ambiental a regra no Direito Ambiental brasileiro é a da solidariedade entre os agentes poluidores.

Não é concebível que os pactuantes contratem uma atividade poluidora para a satisfação de seus interesses e despejem sobre a sociedade os prejuízos ambientais ocasionados pela realização de seu negócio jurídico,

²⁷² BANCO DO BRASIL S.A. **Relatório anual do ano de 2010**. Disponível em: <http://www45.bb.com.br/docs/ri/ra2010/port/ra/27.htm>. Acesso em 21 fev.2013.

externalizando o custo ambiental negativo. Mesmo que o objeto do contrato satisfaça aos interesses dos contratantes, não se pode impor à coletividade um impacto ambiental em seu desfavor.

Costumeiramente responsabiliza-se apenas a parte contratada pelo dano ambiental provocado, ou seja, o agente direto provocador da poluição ou a degradação ambiental. Entretanto, a parte contratante, que se beneficiará do dano ambiental também deve ser responsabilizada, haja vista também ser responsável pelas externalidades negativas de um contrato em que é parte integrante.

Acerca da responsabilidade pela contratação da atividade poluidora bem ensina Roxana Borges:

Se as partes de um contrato são causadoras do dano ambiental, ainda que este decorra diretamente da conduta de apenas uma delas, todas são responsáveis por sua reparação, pois mesmo a parte que não realiza a conduta material diretamente vinculado ao dano, atua indiretamente provocando-o e esperando proveitos da atividade realizada pelo outro contratante. Se o contrato é firmado em função de uma atividade poluidora, todas as partes deste contrato respondem pelos danos ambientais causados, não apenas a parte que se obrigou a realizar materialmente a atividade poluidora que também é de interesse dos demais contratantes²⁷³.

Insta registrar ainda que a responsabilidade civil contratual tem idêntico fundamento que a responsabilidade civil extracontratual, isto é, seu objetivo é o de reparar a prática lesiva.

Ao dispor sobre a responsabilidade civil por danos ambientais, o artigo 14, §1º., da Lei 6.983/81²⁷⁴, não especifica se a degradação ambiental decorre de ato extracontratual ou contratual bastando para tanto a ocorrência do dano e o nexo causal entre o objeto do contrato e o dano dele decorrente.

A responsabilidade civil ambiental é direcionada pela responsabilidade civil objetiva, se pautando no risco inerente à atividade, que abstrai por completo a culpabilidade do agente para tornar efetiva a responsabilização,

²⁷³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 249.

²⁷⁴ Artigo 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Loc. cit.

exigindo somente a existência do dano e a comprovação do nexo de causalidade com o desenvolvimento ou mesmo a mera existência de uma determinada atividade humana²⁷⁵.

Uma grande parcela doutrinária²⁷⁶ sustenta que a responsabilidade civil ambiental, além de objetiva, pauta-se na teoria do risco integral²⁷⁷, sendo justificável o estabelecimento deste como um sistema de responsabilidade por dano ao meio ambiente como mais rigoroso possível, o que se justifica em razão do alarmante quadro de degradação e poluição ambiental²⁷⁸.

Quadra destacar também que é irrelevante a análise das partes celebrantes do contrato, não importando se o ato negocial foi firmado exclusivamente entre particulares ou se contou com a contribuição do Poder Público, devendo sempre ocorrer a reparação ao meio ambiente.

5.3 A OPERACIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO PELO PODER PÚBLICO E PELA SOCIEDADE – POLÍTICAS PÚBLICAS

Num Estado Democrático de Direito, as políticas públicas tendem a expressar a forma desejada pela sociedade em solucionar problemas existentes que afetam a coletividade, ou seja, resultam de um movimento social em torno de um problema ou conflito.

Assim, o agente formulador de políticas públicas deve ser apto a dar respostas às problemáticas sociais, definidas por intermédio de processos participativos, que abarcam um conjunto de conhecimentos, processos e técnicas, desde os processos decisórios e da formação de políticas públicas, aos métodos e técnicas para sua transformação, acompanhamento e avaliação²⁷⁹.

²⁷⁵ MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 825.

²⁷⁶ FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. **Revista de Direito Público**. v. 49-50. São Paulo. 1979. p. 38. No mesmo sentido José Baracho Júnior. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 322; MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 826.

²⁷⁷ A teoria do risco integral proclama que o agente deve reparar o dano por ele causado, independentemente de existir um fato culposos; não perquire sobre as circunstâncias do fato causador do dano, bastando que este ocorra para que esteja vinculado a determinado fato para assegurar à vítima a sua reparação. ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

²⁷⁸ BARACHO JÚNIOR, José. Idem.

²⁷⁹ UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Programa do Curso de Especialização em Gestão Pública Participativa**. Porto Alegre: Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS, Área de Gestão Pública, Programa de Pós-graduação lato sensu, 2001. p. 22.

Hodiernamente, a tendência do planejamento e gestão urbana e ambiental é preocupar-se com a elaboração de formatos mais democráticos de gestão, por intermédio da adoção de metodologias e práticas participativas, visando a ampliação e consolidação da cidadania, exigindo uma participação mais ativa da sociedade, como argumenta Marta Farah:

Tais iniciativas constituem o embrião de um processo de construção de um novo Estado no Brasil, a um só tempo mais democrático e mais eficiente, um Estado mais “permeável” às exigências e à dinâmica da sociedade civil²⁸⁰.

O Estado Democrático de Direito, construtor do Estado Ambiental pressupõe uma dimensão democrática efetiva dos mais diversos atores sociais na tutela do meio ambiente, mediante ações conjuntas entre Estado e Sociedade, visando a formulação e implementação de políticas públicas ambientais e elaboração e execução de leis e atos normativos sob a matéria ambiental²⁸¹. Eis aqui a exigência da democracia ambiental e da cidadania participativa.

É justamente nesta cidadania participativa que se inclui a função socioambiental do contrato como forma de alcance ao desenvolvimento sustentável, devendo os contratantes agirem de forma que a proteção ao meio ambiente signifique sua contribuição para a existência de uma sociedade sustentável.

Arlete Rodrigues bem delinea esse posicionamento:

Não se trata, assim, de contruir um eldorado para longe do que existe, mas de trazer o que está oculto (fetichizado) pelo ideário de do desenvolvimento econômico, mostrando seus limites e impossibilidades e buscar construir a sociedade sustentável: desenvolvendo a capacidade humana que é inerente ao seu ser, a capacidade de pensar, que não ocupa espaço e não destrói as suas próprias condições ao se desenvolver²⁸².

Eduardo Floriano ressalta ainda que outro processo comum para o estabelecimento de políticas públicas de gestão ambiental no Brasil são as pressões

²⁸⁰ FARAH, Marta. **Gestão pública e cidadania**: iniciativas inovadoras na administração sub-nacional no Brasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – EAESP-FGV, Fundação Ford, 2001. p. 38.

²⁸¹ NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. O estado ambiental de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, julho-setembro 2004, p. 296.

²⁸² RODRIGUES, Arlete Moysés. A utopia da sociedade sustentável. *In* **Revista Ambiente & Sociedade**. São Paulo, ano I, n. 2, 1º. Semestre de 1998. p. 138.

exercidas por organismos internacionais como a ISO²⁸³, a OMC²⁸⁴ e Bancos Mundiais:

A ISO e a OMC são importantes formuladores de políticas, privilegiando as empresas que cumprem seus princípios e normas ambientais nos contratos de comércio internacional para produtos considerados ambientalmente corretos e, praticamente, banindo do comércio internacional as empresas que não cumprem suas políticas. De outro lado, os organismos financeiros internacionais usam do poder econômico para impor o cumprimento de princípios e normas ambientais internacionais na análise de projetos de desenvolvimento por eles financiados.

No Brasil, a influência do Banco Mundial foi decisiva na formulação da Política Nacional do Meio Ambiente. Na verdade, o Banco nada mais fez do que apressar o governo a se posicionar oficialmente sobre um processo de conscientização da sociedade brasileira sobre os problemas ambientais, que já havia iniciado na década de 1960²⁸⁵.

Desta forma, as políticas públicas buscam conciliar os avanços tecnológicos e os meios de produção com a preservação ambiental, convergindo, assim, para a utilização sustentável dos recursos naturais, com vistas a auxiliar na construção do desenvolvimento sustentável.

5.4 A OPERACIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO POR INTERMÉDIO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Hodiernamente com o estágio de desenvolvimento dos Estados e da sociedade, qualquer concepção que admita a utilização do instrumento contratual,

²⁸³ A sigla ISO, também conhecida como “selo de qualidade”, deriva da organização não-governamental *International Organization for Standardization*, consistente em uma Federação Mundial, fundada em 1947, com sede em Genebra, Suíça. Conta com a participação de 111 países, e seu propósito é estabelecer normas e padrões relativos a medidas, procedimentos, materiais e sua utilização em praticamente todos os setores de atividade profissional empresarial. Atua por meio de vários comitês técnicos, compostos por especialistas presentes em países-membros. No Brasil é representada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 149.

²⁸⁴ A sigla OMC refere-se à Organização Mundial do Comércio (*World Trade Organization*), organização internacional sediada em Genebra na Suíça, que trata as regras do comércio internacional. A OMC possui entre suas funções: gerenciamento dos acordos que compõem o sistema multilateral do comércio; servir de fórum para o comércio nacional firmar acordos internacionais; e supervisionar a adoção dos acordos e sua implementação pelos membros da organização. THORSTENSEN, Vera. JANK, Marcos. **O Brasil e os Grandes Temas do Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2010. p. 21.

²⁸⁵ FLORIANO, Eduardo Pangel. **Políticas de gestão ambiental**. 3. Ed. Santa Maria: UFSM-DCF, 2007. p. 33. No mesmo sentido SOUZA, Hélcio. **O Grupo Banco Mundial e as estratégias de gestão ambiental global para o Brasil**. Brasília: INESC, 2001. p. 188.

seja ele público ou privado, em oposição aos interesses da coletividade, de forma que as vantagens auferidas na esfera particular ou administrativa atuem em desfavor do equilíbrio ambiental é condenável.

Mesmo que um contrato traga muitos benefícios para as partes contratantes, não há viabilidade para sua homologação junto ao Poder Judiciário caso traga prejuízos, mesmo que indiretamente ao meio ambiente e conseqüentemente à sociedade.

A tutela de fatores ambientais encontram ampla previsão legal, sendo eleitos como normas de ordem pública, não sendo facultado às partes contratantes derogá-las. Tais fatores ambientais possibilitam ainda a oposição de terceiros às convenções que tenham por objeto questão prejudicial ao meio ambiente, seja ela jurídica ou ambiental, o que se dará pela atuação administrativa (através do Estado) ou judicial (por intermédio de particulares, seus substitutos processuais ou pelo próprio Estado)²⁸⁶.

Os principais responsáveis fáticos pela operacionalização da tutela ambiental são o Poder Judiciário e o Ministério Público.

É por intermédio do Poder Judiciário que os direitos da cidadania poderão ser exercidos, haja vista que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser subtraída de sua apreciação, como bem garante o artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal²⁸⁷.

Todas as questões levadas à apreciação do Poder Judiciário são relevantes e exigem máxima atenção e dedicação do magistrado, contudo, as demandas que envolvem questões ambientais apresentam-se ainda mais complexas, afinal, discutem questões que podem provocar danos irreparáveis junto ao meio ambiente.

Édis Milaré bem sintetiza a complexidade das questões ambientais e a problemática em que são inseridos os magistrados:

²⁸⁶ BARROSO, Lucas Abreu. **O contrato também possui função ambiental**. In: MORRIS, Amanda Zoe (Coordenação); HIRONAKA, Giselda Novaes (Orientação). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 47.

²⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

Na tutela jurisdicional do meio ambiente, pode o juiz defrontar-se com duas posições geralmente antagônicas, que não atendem à necessidade social de desenvolvimento sustentável. De um lado, a defesa cega de determinados bens ambientais, numa visão reducionista e equivocada de insensibilidade ante o imperativo de avanços econômicos e sociais. De outro, as falácias que mascaram a inviabilidade ecológica de empreendimentos, este sim insensíveis à preservação da qualidade ambiental e dos recursos naturais necessários às presentes e futuras gerações²⁸⁸.

Teoricamente, a imparcialidade do magistrado deve prevalecer, principalmente nas decisões conflitantes acerca de um mesmo objeto, variando o grau de dificuldade de acordo com a complexidade de seu objeto e as circunstâncias de cada caso concreto e é justamente pela abstrusão do objeto nas causas ambientais que o papel do Poder Judiciário se torna cada vez mais delicado.

Ademais, os direitos transindividuais reclamam, em sua grande maioria, uma tutela de urgência, que objetiva em verdade não a reparação do dano, até mesmo porque se consumado são de difícil ou impossível reparação, mas sim a sua ocorrência.

Muitos são os interesses a conciliar, principalmente quando a degradação/poluição ambiental está se consolidando por intermédio de uma relação obrigacional, envolvendo propriedade, livre iniciativa, o meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade, incumbindo assim ao Poder Judiciário justamente a conciliação da qualidade ambiental com a boa gestão dos recursos naturais, no que consiste o imperativo do desenvolvimento sustentável, o que evidentemente só pode ser solucionado por uma visão multidisciplinar e abrangente do magistrado, operacionalizando a função socioambiental do contrato.

Numa seara tão delicada quanto a ambiental, o Poder Judiciário por intermédio do magistrado deve proferir decisão mais acertada e justa possível, revestindo-se sempre de caráter pedagógico, promovendo verdadeira conscientização a respeito da necessidade de preservação ambiental.

Além disso, nos casos que envolvem relações contratuais, obrigatoriamente devem operar a cláusula geral da função social do contrato de modo a garantir a tutela ambiental e na medida do possível conservar o negócio jurídico, afinal o desenvolvimento econômico também não pode ser desprezado, sendo imprescindível a conciliação entre estes de maneira a formar o

²⁸⁸ MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1.323.

desenvolvimento sustentável.

Sob outro enfoque o Ministério Público também promove a operacionalização da função socioambiental dos contratos.

De acordo com o artigo 127 da Constituição Federal, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”²⁸⁹, assim, a instituição é voltada à representação judicial dos interesses sociais, lhe sendo incumbência constitucional a defesa do meio ambiente.

Embora seja dever de todos zelar pela tutela ambiental, em casos de extrema gravidade, apenas a atuação do Ministério Público se apresenta eficaz a compelir, seja particulares, seja o Poder Público, à adoção de soluções de caráter definitivo e muitos destes casos são desencadeados pela realização de contratos que descumprem com sua função socioambiental, incumbindo ao Órgão Ministerial sua operacionalização.

Por evidente que há instrumentos jurídicos que podem ser manejados pelo Ministério Público e outros legitimados, que apresentam-se como aptos a garantirem a proteção aos recursos naturais em conjunto com a função social ambiental do contrato ou isoladamente, podendo e devendo serem utilizados quando a ameaça ao meio ambiente ou o dano ambiental decorrerem da relação contratual, possuindo sempre o escopo de impedimento do dano e quando isso não for possível, a recuperação deste, onde o Estado obriga os agentes poluidores a repararem as lesões perpetradas em desfavor do meio ambiente e suportados pela sociedade.

Assim, considerando o caráter difuso e transindividual do meio ambiente, o ordenamento jurídico estabeleceu alguns mecanismos extrajudiciais, como o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta – onde o Ministério Público pode ter atuação bastante eficaz mediante a utilização de poderes investigatórios e requisitórios de que está imbuído – e alguns judiciais, dentre estes o mandado de segurança coletivo, a ação popular constitucional, a ação civil pública e o mandado de injunção, sempre visando a tutela ambiental.

²⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit

5.4.1 Mecanismos Extrajudiciais

5.4.1.1 Inquérito civil

O inquérito civil foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei 7.347/85²⁹⁰ e adquiriu status constitucional ao ser tratado no artigo 129, inciso III da Carta Magna²⁹¹.

Conceituando o procedimento extrajudicial argumenta Édis Milaré:

O inquérito civil é procedimento investigatório, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais²⁹².

Em outras palavras, Hugo Nigro Mazzili, refere-se ao inquérito civil como uma “investigação a cargo do Ministério Público que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio Órgão Ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva”²⁹³, para tanto, lhe são outorgados poderes de notificação e requisição²⁹⁴.

Embora muito se fale a respeito da importância do inquérito civil como mecanismo de colheita de provas para uma eventual propositura de ação civil pública, Édis Milaré destaca o tríplice papel do instrumento de legitimidade exclusiva do Ministério Público:

²⁹⁰ Art. 8º. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 dias. §1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. BRASIL. **Lei 7.347** de 24 de julho de 1985. Brasília, 1985.

²⁹¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

²⁹² MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1.356.

²⁹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 104.

²⁹⁴ Art. 129, incisos VI e VIII da Constituição Federal e art. 26 da Lei 8.625/93.

O procedimento desempenha, na verdade, tríplice papel: *preventivo* (em razão não só de seu caráter intimidativo, mas também porque o resultado das diligências nele encetadas pode dissuadir o agente quanto à consecução de atos potencialmente lesivos ao meio ambiente, incentivando-o, p.ex., à celebração de compromisso de ajustamento de sua conduta à lei); *reparatório* (p.ex., ao ensejar a colheita e análise dos elementos necessários à propositura da ação civil pública por dano causado ao meio ambiente); e *repressivo* (p.ex., quando se presta para o ajuizamento de ação penal pública)²⁹⁵.

Ou seja, além de sua função clássica, tem o inquérito civil outros papéis, e tendo o presente estudo o objetivo de apresentá-lo como instrumento extrajudicial autônomo de tutela ao meio ambiente, focar-se-á em seu aspecto preventivo.

O inquérito civil consiste em instrumento extrajudicial eficaz de prevenção aos danos a interesses transindividuais como o meio ambiente, seja através da subscrição do Termo de Ajustamento de Conduta, seja por desencadear uma ação positiva ou negativa por parte daquele que, com sua conduta omissiva ou comissiva, pode provocar danos ambientais.

Tratando-se de meio ambiente por evidente que as investigações devem ser instauradas, quando possível, anteriormente à ocorrência do dano ambiental²⁹⁶ e não apenas após sua consumação.

A este respeito José Morato Leite salienta que:

²⁹⁵ MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1.359.

²⁹⁶ O dano ambiental, por sua vez, consiste numa expressão ambivalente, que assinala, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, numa primeira consideração, a modificação indesejável ao conjunto de elementos denominados meio ambiente, como por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entretanto, numa segunda análise, o dano ambiental abarca os efeitos que esta modificação causa na saúde das pessoas e em seus interesses. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

No que tange especificamente ao dano ambiental, verifica-se que o inquérito civil público tem, ainda, uma função eminentemente preventiva e inibitória, pois aparelha o Ministério Público com um meio de atuar, em muitas oportunidades, antes que a lesão ocorra. Cabe ao Ministério Público usar de todos os meios investigatórios e buscar, frequentemente, com a ajuda da população, das associações civis, dos veículos de informação e de todas as fontes lícitas possíveis, fatos que possam ser suscetíveis de ação civil pública. E, com as medidas liminares, antecipatórios de direito e de urgência, cessar as atividades nocivas ao meio ambiente, preventivamente. Desta forma, a posição do *parquet*, em sua atuação preventiva de curador do meio ambiente, deve ser intensamente ativa e não meramente passiva e condicionada à ocorrência de um dano ambiental incontestável²⁹⁷.

Toma-se como exemplo um contrato de compra e venda de imóvel em região serrana, para instalação de empreendimento hoteleiro, que terão parte de seus bangalôs inseridos em área de preservação permanente, o que obriga um desmatamento ainda que parcial, revelando evidente impacto ambiental.

Tomando o Ministério Público conhecimento da formalização do contrato e já vislubrando tanto o descumprimento da função socioambiental do contrato, bem como da função social da propriedade e o dano ambiental que a negociação ocasionará ao meio ambiente caso venha a se materializar ao ser iniciada a sua execução, deve o Ministério Público de imediato instaurar inquérito civil²⁹⁸ com vistas a apurar a existência de risco ambiental, que tanto servirá de base para a formalização do termo de ajustamento de conduta (que no caso do exemplo poderia ter como escopo principal a imposição da obrigações de não fazer, consistente em deixar de construir bangalôs em área de preservação permanente), bem como em alguns casos sua simples instauração e a realização de investigações se revelariam aptos a prevenir lesões ao meio ambiente (que no caso do exemplo, poderia impulsionar o complexo hoteleiro a investir na criação de área com vegetação alienígena onde seriam construídos os bangalôs), também impedindo a consumação do dano ambiental.

No exemplo citado seria o inquérito civil um dos mecanismos extrajudiciais de prevenção ao meio ambiente, com fundamento da função

²⁹⁷ Idem. p. 254.

²⁹⁸ O inquérito civil pode ser instaurado: (i) de ofício; (ii) por requerimento ou representação de qualquer pessoa; (iii) mediante comunicação de outro órgão do Ministério Público, da autoridade judiciária, policial ou qualquer outra; (iv) por determinação de Órgão da Administração Superior do Ministério Público. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 23**, de 17 de setembro de 2007, Brasília.

socioambiental do contrato e na função social da propriedade. Obviamente que a fundamentação para a proteção ambiental variará de acordo com cada situação concreta, contudo, o inquérito civil, na grande maioria dos casos, revela-se um forte aliado da natureza.

5.4.1.2 Termo de ajustamento de conduta - TAC²⁹⁹

O meio ambiente, direito difuso e transindividual, tem enraizado em si a característica da indisponibilidade.

Em contrapartida, delineado pelo §6º., do artigo 5º. da Lei 7.347/85, o termo de ajustamento pode ser conceituado, nos dizeres de Geisa de Assis Rodrigues, como:

O termo de ajustamento de conduta é uma forma de solução extrajudicial de conflitos promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial.³⁰⁰

Ou seja, trata-se de um instrumento jurídico, que na esfera ambiental, visa, por intermédio dos órgãos legitimados³⁰¹, promover a adequação da conduta do agente degradador/poluidor às normas ambientais e caso seja descumprido, consistindo em título executivo extrajudicial, servirá de base à ação civil pública executiva.

Em análise destas assertivas, tratando-se o meio ambiente de direito indisponível, estaria impedida, num primeiro momento, a transação por intermédio de um termo de ajustamento de conduta, afinal, conforme preceitua o artigo 841 do Código Civil, “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a

²⁹⁹ Em regra, refere-se o Termo de Ajustamento de Conduta de mecanismo extrajudicial de solução de conflito, entretanto, nada impede que seja realizado no curso da ação civil pública, constituindo neste caso título executivo judicial.

³⁰⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 297.

³⁰¹ O art. 5º., §6º. da Lei 7.347/85 que regulamenta a Ação Civil Pública, prevê que “os órgão públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”, assim, são legítimos para aceitar e firmar o termo de ajustamento de conduta os mesmos órgão públicos legítimos para a propositura da Ação Civil, exceto as associações, estando o rol taxativo elencado junto ao art. 5º., que prevê: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – O Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; BRASIL. **Lei 7.347** de 24 de julho de 1985. Loc. cit

transação”, dando início à discussão acerca da natureza jurídica desta modalidade, em razão de sua nebulosidade.

Hugo Nigro Mazzili, identifica o termo de ajustamento de conduta como ato administrativo negocial, portanto, unilateral, conceituando-o como instrumento “por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título”³⁰².

Refutando este posicionamento, Rodrigo Fernandes aponta a diferenciação entre o termo de ajustamento de conduta e o o ato administrativo negocial, visto que o último apenas confere direito, não impondo obrigações, como ocorre com o primeiro. O doutrinador declara ainda que o ato administrativo negocial necessita de requerimento expresso do interessado, sendo imprescindível sua anuência para a produção de efeitos, o que não ocorre no TAC, concluindo que sua natureza jurídica é de contrato administrativo:

O ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica do contrato administrativo típico, resultando na avença consensual, geralmente preventiva de litígio, na qual a Administração buscará a reparação do bem ambiental lesado e a restauração do equilíbrio da qualidade de vida, observadas as peculiaridades do caso e da perícia técnica que conferirão maior ou menor grau de discricionariedade na estipulação das cláusula obrigacionais, bem como da valoração do interesse público e sua satisfação para a propositura ou não da ação civil pública.³⁰³

Em posicionamento tenuemente discrepante, Fernando Akaoui salienta que o termo de ajustamento de conduta refere-se a uma espécie contratual administrativa, portanto, bilateral, haja vista que a liberdade do poluidor ou potencial poluidor se restringe em tempo e formas de cumprimento da obrigação pactuada com o poder público (Ministério Público, União, Estados, municípios, Distrito Federal e órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificadamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), sempre posteriormente a um prévio exame e análise da solução mais vantajosa ao meio ambiente, sendo que “margem alguma de disponibilidade (leia-se concessões mútuas) é conferida aos co-legitimados a tomar o compromisso de ajustamento de

³⁰² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.408.

³⁰³ FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional**. Rio de Janeiro: renovar, 2008. p. 78.

conduta”, devendo o TAC contemplar obrigatoriamente todos os pedidos da eventual ação civil pública, sempre analisando a melhor solução de proteção ao meio ambiente³⁰⁴.

Contraopondo-se aos posicionamentos citados, Ana Luíza Nery alicerça sua argumentação em oposição à idéia de atribuir ao TAC natureza jurídica de autocomposição – tendo em vista a indisponibilidade do meio ambiente e ao entendimento de que ao compromissário só é dada a possibilidade de anuir com os termos propostos pela administração, nos seguintes termos:

O posicionamento contrário à negociação transacional de direitos transindividuais desenvolvido por parte da doutrina, com fundamento em sua alegada integral indisponibilidade, não é suficiente para retirar o elemento consensual do ajustamento de conduta e transforma-lhe em natureza jurídica para mera concordância do interessado com aquilo quanto posto pela administração. Diversamente, muito mais do que mera aceitação por parte do administrado, entendemos que o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas de forma *sui generis* deste instituto jurídico do direito privado. A vontade do compromissário não pode ser compreendida, apenas, como um mero comprometer-se a ajustar a sua conduta às exigências legais. Por outro lado, evidencia-se a vontade do tomador do compromisso na celebração do negócio e também, na estipulação das obrigações bem como as condições de seu cumprimento. O compromisso de ajustamento é, portanto, negócio jurídico bilateral.³⁰⁵

Desta forma, o termo de ajustamento de conduta não se trata tecnicamente de uma transação na forma consagrada pelo Direito Civil, mas sim de um instrumento similar, onde o compromissário se submete ao cumprimento das obrigações assumidas perante o órgão tomador, que também opta pela celebração do termo, pontua as obrigações e as condições para seu cumprimento, sem que ocorra uma disposição do direito material, que na seara ambiental, é indisponível³⁰⁶.

Esta parece ser a reflexão mais acertada, afinal o termo de ajustamento de conduta não pode ser exigido pelo compromissário frente órgão público legítimo para sua propositura, muito menos pode ser imposto por este, não

³⁰⁴ AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

³⁰⁵ NERY, Ana Luíza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145. No mesmo sentido MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1.389.

³⁰⁶ Neste sentido: LEITE, José Rubens Morato. Op. cit. p. 265; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 176-177.

se caracterizando como um ato administrativo unilateral, tampouco como um negócio jurídico unilateral.

A bilateralidade é pressuposto para o termo de ajustamento de conduta, haja vista que para sua materialização é essencial manifestações de vontades distintas, porém coincidentes, para a finalidade de ajustar a conduta do poluidor ou potencial poluidor às normas ambientais, além da necessidade de concordância do compromissário e do órgão público tomador, para a celebração do ajuste.

A vontade do órgão público tomador é livre e manifesta, tanto no ato da celebração do negócio jurídico como por ocasião da fixação das obrigações, as quais ficará o compromissário livre em aderí-las ou não, afinal o TAC não é obrigatório. Quadra destacar também que ainda que as motivações para formalização do ajustamento sejam distintas, o escopo é único, o de tutelar o direito transindividual e difuso do meio ambiente, revelando-se negócio jurídico bilateral, ou seja, trata-se de um verdadeiro contrato, que como todos os outros deve cumprir com sua função social.

A função social do termo de ajustamento de conduta, assim como a função social de qualquer contrato, reside na proteção à dignidade da pessoa humana pela efetivação da tutela dos direitos fundamentais, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, sempre com o objetivo de garantir a reparação ou a prevenção de lesões a estes direitos.

A efetivação do atendimento à função social do termo de ajustamento de conduta, até mesmo por tratar-se de uma cláusula geral dos contratos, como já amplamente discutido no presente estudo, faz com que o direito deixe seu lado positivista e atente-se cada vez mais para as necessidades sociais, assumindo uma postura ideológica, concentrando seus esforços na solução da problemática, considerando a realidade positiva, reformulando a reetização do direito e sua aplicação de forma mais funcional e menos conceitual, por evidente que sempre observando parâmetros hermenêuticos (que será abordado no próximo capítulo) com vistas a obstar qualquer possibilidade de insegurança jurídica e alcançar a solução mais justa para cada caso concreto.

Estas aberturas hermenêuticas revelam-se mais evidentes em ramos do direito e interesses de terceira dimensão, tais como o direito do meio

ambiente, principalmente no que se refere à sua principiologia própria, igualmente dotada de um razoável grau de indeterminação, como os princípios da precaução e da prevenção dentre outros, sendo justamente nesta seara a maior incidência dos termos de ajustamento de conduta. Assim, a análise do cumprimento da função social deste instrumento extrajudicial de tutela coletiva será feita caso a caso, ante a comprovação de que o direito fundamental subjacente à própria pactuação do contrato foi tutelado efetivamente no caso concreto.

Sobre esta questão, a magistral lição de Max Zuffo:

Assim, o termo de ajustamento de condutas irá cumprir sua função social apenas quando efetivamente promover a integral reparação do *status quo ante* o evento danoso a um direito fundamental, ou prevenir a ocorrência desta lesão, tutelando de forma eficaz o direito fundamental inserido no instrumento contratual, o que significa dizer que o termo de ajustamento de conduta só atingirá sua função social quando puder alterar a realidade fática e efetivamente sanar a lesão ao direito fundamental que se presta a tutelar. Um termo de ajustamento que se limitar a sanar “formalmente” uma lesão a um direito fundamental, apenas no plano contratual, sem a constatação de sua eficácia, não terá cumprido sua função social. A análise da função social do termo de ajustamento de condutas passa deste modo a ser mais tópico no debate a respeito da eficácia da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico.³⁰⁷

Na esfera ambiental, o cumprimento da função social do termo de ajustamento de conduta, ou seja, a garantia da reparação integral do dano ambiental ou o impedimento de sua ocorrência, se confunde com a realização de sua função socioambiental, afinal o mecanismo extrajudicial de tutela coletiva será aplicado de forma a atuar em conformidade com os interesses da sociedade, visando preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Outro aspecto que põe em evidência a relevância do termo de ajustamento de conduta para o meio ambiente, é a dúplice vantagem que proporciona, ao passo que revela-se interessante tanto para o compromissário quanto para o órgão público tomador. Os agentes poluidores ou potencial poluidores não almejam alcançar a condição de réu em uma ação ambiental, além de outros transtornos que uma ação desta natureza lhes poderia ocasionar; em contrapartida o órgão tomados através do TAC passa a viabilizar a execução judicial das obrigações

³⁰⁷ ZUFFO, Max. Termo de ajustamento de conduta e sua função social. In **Atuação Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. v. 1, n. 1, set/dez 2003, edição especial 2008, Florianópolis. p. 130.

assumidas e das multas por seu inadimplemento.

Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta é um dos mecanismos extrajudiciais aptos a operacionalizar eficazmente a função social/socioambiental, que além de beneficiar o compromissário e o órgão público tomador, beneficia, sobretudo, a coletividade.

5.4.2 Mecanismos Judiciais

5.4.2.1 Ação civil pública

Conforme salientado outrora, as transformações da sociedade contemporânea e de risco desencadearam acentuados conflitos jurisdicionais envolvendo interesses transindividuais exigindo a criação de mecanismos aptos à tutela coletiva, e foi assim que foi criado o instrumento da ação civil pública, regulamentada pela Lei 7.347/85.

A ação civil pública encontra-se inserida no quadro de mecanismos de democratização do processo, haja vista ser um dos melhores mecanismos a possibilitar a realização dos direitos materiais conferidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser proposta³⁰⁸ pelo Ministério Público³⁰⁹, pela Defensoria Pública, pelas pessoas jurídicas estatais, pelas entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica e pelas associações que ostentem um mínimo de representatividade, mesmo que não haja identidade entre o titular do bem lesado (coletividade) e o sujeito ativo do processo.

Por evidente que por tratar-se de uma ação coletiva apta a alcançar a ação judicial em defesa de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, é eficaz para a promoção de tutela ao meio ambiente, ao direito do consumidor e ao patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético,

³⁰⁸ Art. 5º., incisos I a V, da Lei 7.347/85.

³⁰⁹ Há quem questione a legitimidade entre o Ministério Público Federal e o Estadual, questionando-se quem deverá atuar em se tratando de circunscrições geográficas, contudo a doutrina é cediça no posicionamento de que o *Parquet* mantém entre seus princípios institucionais, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. A estas peculiaridades, aliadas à unidade-indivisibilidade do Ministério Público, se permite concluir que a defesa do interesse público ambiental não se subjetiva neste ou naquele seu integrante que, contingentemente, está atuando no caso concreto, mas significa, que independentemente da sucessão nominal (Federal/Estadual), prevalece sempre a instituição como um todo. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 108-109

histórico, turístico e paisagístico), contudo, por questões metodológicas, será enfocado no presente estudo a tutela ambiental.

Édis Milaré ao assertar acerca da ação civil pública, salienta que a Lei 6.938/81, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e outorgar legitimidade ativa ao Ministério Público para ação de responsabilidade civil em desfavor do poluidor³¹⁰ “estabeleceu, pela primeira vez em nosso País, uma hipótese de *ação civil pública ambiental*”³¹¹, que ganhou moldagem processual a partir da Lei 7.347/85.

Embora a ação civil pública não encontre previsão expressa junto à Magna Carta, “foi guindada ao patamar constitucional sem limitações, ou seja, a Constituição Federal acatou a ação civil pública com abrangência total de objeto imediato, podendo o Ministério Público buscar toda e qualquer tutela jurisdicional para a defesa do meio ambiente”³¹².

Tendo a ação civil pública ambiental como objeto a tutela ao meio ambiente, a Lei 7.347/85 dispôs em seu artigo 3º. que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”³¹³, contudo, o Código de Defesa do Consumidor, que se aplica subsidiariamente à Lei da Ação Civil Pública³¹⁴, prevê em seu art. 83 que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada efetiva tutela”³¹⁵.

Desta forma ficou ampliado a todas as espécies de ações capazes, no caso, de propiciar adequada e efetiva defesa do meio ambiente, sendo que o provimento jurisdicional poderá vir por intermédio de uma condenação pecuniária, bem como através da determinação de uma obrigação de fazer ou não fazer, que podem ser aplicadas isoladas ou em conjunto, o que variará com a necessidade de

³¹⁰ Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) §1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. BRASIL. **Lei 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Loc. cit.

³¹¹ MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1.415.

³¹² TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 165, 1994. p.49.

³¹³ BRASIL. **Lei 7.347** de 24 de julho de 1985. Loc. cit.

³¹⁴ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Idem

³¹⁵ BRASIL, **Lei 8.078** de 11 de setembro de 1990, Loc. cit.

tutela ambiental a cada caso concreto.

Neste linear, Morato Leite destaca a dupla finalidade da ação civil pública ambiental:

O objeto principal da ação coletiva ambiental, observadas as condições para a imputação do dano ambiental, foi o de instrumentalizar o legitimado com um duplo fim em sua pretensão, isto é, a indenização e, conjuntamente, a obrigação de fazer ou não fazer. Crê-se que acertou o legislador ao instituir este duplo objetivo, posto que o dano ambiental exige, além da compensação financeira ecológica, que é um sucedâneo, um mecanismo que cesse a atividade poluente e/ou recupere a lesão ambiental.³¹⁶

Por evidente que a ação civil pública intui buscar pela responsabilização do dano já ocorrido, através da reparação do ambiente lesado – ação ou omissão – e/ou da indenização pecuniária³¹⁷, contudo, busca preferencialmente, obstar que o dano ocorra, impedindo a consumação, haja vista sua reconstituição geralmente ser impossível, como esclarece Hely Lopes Meirelles:

Na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta *in specie* do dano do que receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável.³¹⁸

Toma-se como exemplo a questão petrolífera.

Sendo a extração de petróleo considerada atividade de alto risco ambiental, bem como por tratar-se de fonte não renovável de energia, a Lei 9.478/97 estabelece que pelo contrato de concessão petrolífera, estará o concessionário obrigado a adotar todas as medidas necessárias à conservação dos reservatórios e outros recursos naturais, visando, tanto a segurança das pessoas quanto à proteção ambiental³¹⁹, ou seja, existe uma exigência legal para que esta convenção cumpra

³¹⁶ LEITE, José Rubens Morato. Op. cit. p. 234.

³¹⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. BRASIL. **Lei 7.347** de 24 de julho de 1985. Loc. cit.

³¹⁸ MEIRELLÉS, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 18 ed. São Paulo; Malheiros, 1997. p. 155.

³¹⁹ Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a: I - adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente. BRASIL. **Lei 9.478**, de 06 de agosto de 1997. Brasília, 1997.

com sua função socioambiental.

Supondo que ao ser formalizado o contrato de concessão petrolífera, o Poder Público e o concessionário não pactuaram esta cláusula socioambiental exigida legalmente, ato contínuo, ao ser iniciada a execução contratual a concessionária deixa de adotar medidas preventivas de danos ambientais, como por exemplo, a instalação de um sistema de detecção de vazamento rápido e eficaz, que possibilite a parada do bombeio de petróleo e o fechamento das válvulas.

Por evidente que este contrato poderá ser atacado por intermédio de uma ação civil pública, com base na possibilidade de dano ambiental, adotando como fundamentos jurídicos o princípio da prevenção, bem como o descumprimento da cláusula geral da função socioambiental do contrato, sendo o pleito mais acertado neste caso, o da revisão contratual, com requerimento de medida liminar de suspensão do pacto até a inserção da cláusula socioambiental exigida pelo art. 44, inciso I, da Lei 9.478/97, bem como a instalação do sistema de detecção.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover destaca que “pode-se pensar, por exemplo, na invalidação de um contrato administrativo lesivo ao meio ambiente, pela via da ação civil pública, sem necessidade de utilizar a ação popular, cujos requisitos subjetivos e objetivos são mais estreitos”³²⁰.

Sendo o meio ambiente sadio e equilibrado um bem difuso e um direito transindividual, resta patente a impossibilidade de sua individualização, não podendo o contrato descumpridor de sua função socioambiental priorizar o interesse privado em detrimento do interesse público, por isso a ação civil pública traz em si uma natureza especialíssima, não tutelando direito subjetivo, mas direitos não individuais *strico sensu*.

A modernização do processo civil, no sentido de seu distanciamento da ótica individualista tradicional no rumo de se constituir instrumento da tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, insofismavelmente, vem de encontro aos anseios da globalidade contemporânea e, portanto, dos operadores do Direito e dos jurisdicionados, sendo mais um mecanismo processual relevante para a operacionalização da função socioambiental do contrato.

³²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação coletiva fortalece proteção. **O Estado de São Paulo**, edição de 14 de dezembro de 1991, Caderno Justiça. p. 8.

5.4.2.2 Mandado de segurança

O mandado de segurança tradicional encontra previsão no art. 5º., inciso LXIX da Constituição Federal³²¹, se apresentando como o meio constitucional colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica, ou órgão com capacidade processual, visando a tutela de um direito individual ou coletivo, devendo este direito ser líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, o qual tenha sido lesado ou até mesmo esteja ameaçado de lesão, por ato de uma autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público³²².

No mesmo escólio, a Carta Magna de 1988, previu através artigo 5º, inciso LXX³²³, o instituto do Mandado de Segurança Coletivo, que nada mais é do que uma forma de se impetrar o mandado de segurança tradicional, uma vez que o inciso que o dispôs fez menção às regras processuais. Grande parte da doutrina apresenta como única diferença entre o mandado de segurança tradicional e o coletivo a legitimação ativa, ao passo que ambos prestam tutela a direito individual, coletivo ou difuso³²⁴. Nesse escólio comenta Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

³²¹ Art. 5º CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

³²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.

³²³ Art. 5º CF. 'Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;' BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

³²⁴ Nesse sentido: MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1485. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Mandado de segurança coletivo ambiental e a Lei 12.016/09**. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdodoutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1103>. Acesso em 06 mar. 2012; BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, 1988, p. 22.

O adjetivo ‘coletivo’ se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental e não à pretensão deduzida em si mesma. O mandado de segurança coletivo não se presta à tutela de mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio do mandado de segurança coletivo, mas sim a ação. Trata-se de instituto processual que confere legitimidade para agir às entidades mencionadas no texto constitucional. Com isso, podemos afirmar que não houve a criação de um novo mandado de segurança, mas tão somente uma *modificação atinente à legitimação ativa da ação*, de modo a alterar-lhe a *forma* de impetração³²⁵.

Justificando esta distinção encontra-se o fato de que no *mandamus* coletivo existe a “possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo interesse alheio”³²⁶, sendo esta legitimação denominada, legitimação extraordinária, consistindo em caso de verdadeira substituição processual.

Esse posicionamento passou a encontrar a resistência de uma parte da doutrina após a promulgação da Lei 12.016/09, que regulamenta o mandado de segurança individual e o coletivo, isto porque seu artigo 21, parágrafo único³²⁷, dispõe que os direitos tutelados pelo mandado de segurança coletivo podem ser os coletivos ou os individuais homogêneos, não abrangendo os direitos difusos, que esclarece que “os direitos difusos, quando violados ou ameaçados, haverão de ser tutelados pela ação civil pública e não pelo mandado de segurança coletivo”³²⁸.

Entretanto, a doutrina majoritária critica a exclusão dos direitos difusos na redação legislativa citada, sustentando que a omissão não obsta a tutela desta espécie de direito transindividual por intermédio do *mandamus* coletivo, haja

³²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 155.

³²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p.61.

³²⁷ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. BRASIL. **Lei 12.016** de 07 de agosto de 2009. Brasília, 2009.

³²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Mandado de Segurança coletivo em cotejo com as ações coletivas constitucionais. In MILARÉ, Édis (Coordenação). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.328. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131-132.

vista os únicos requisitos necessários para utilização do remédio constitucional serem os previstos no inciso LXIX, do art. 5º. da Carta Magna, quais sejam, liquidez e certeza do direito tutelado, bem como que o direito não seja amparado por habeas corpus ou habeas data. Consistindo assim o mandado de segurança em garantia fundamental, lhe deve ser outorgada interpretação expansiva e efetiva, de forma a tutelar direitos de suma relevância, tanto para os indivíduos de forma isolada, como para toda a sociedade, de maneira coletiva.

A interpretação do parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/2009 deve ser realizada sistematicamente, de forma a se coadunar com a Constituição Federal, autorizando que os direitos difusos sejam tutelados por intermédio do mandado de segurança coletivo, como bem explica Leonardo Carneiro da Cunha:

Como manifestação dessa garantia de acesso à justiça, é forçoso admitir todas as espécies de demandas e provimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais. E é decorrência do acesso à justiça a efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos transindividuais, mediante o uso de todos os meios adequados. Em razão do acesso à justiça, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Sempre que um direito transindividual for ameaçado ou lesado será cabível a ação coletiva. A garantia de acesso à justiça marca o processo coletivo, valendo dizer que o mandado de segurança coletivo afigura-se cabível para a defesa de qualquer direito coletivo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo. Impõem-se, enfim, conferir ao parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/2009 uma interpretação conforme a Constituição para entender que o mandado de segurança coletivo também se destina à proteção de direito (“sic”) difusos.³²⁹

Admitir uma interpretação gramatical ao dispositivo em análise implicaria em gravíssimo retrocesso legal e social, obstando o acesso de todos à justiça e principalmente prejudicando a tutela dos direitos difusos, como é o caso do meio ambiente, sendo processualmente possível a interposição do mandado de segurança coletivo no escopo de tutela do meio ambiente³³⁰.

³²⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 488.

³³⁰ A exemplo transcreve-se jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTRUÇÃO DE POÇO ARTESIANO. IMPOSSIBILIDADE. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. Caso em que o impetrante vindica o direito à construção de poço artesiano profundo, com 115 metros de profundidade, o que lhe foi negado, na esfera administrativa, com base no art. 87 do Decreto Estadual 23.430/74 no artigo 30 do Decreto Estadual nº. 42.047/02. A controvérsia apresentada é relativa à legalidade dos referidos dispositivos que são legais, justificando-se o indeferimento da postulação na via administrativa. O

Por evidente que considerando as características constitucionais do mandado de segurança (direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data) é bastante difícil sua compatibilização com os direitos difusos, impossibilitando qualquer dilação probatória, o que é bastante recorrente em ações que envolvem o meio ambiente³³¹.

Superada a análise acerca da possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo para a defesa do meio ambiente, verifica-se ainda que o *mandamus* coletivo também é um meio de operacionalização da função socioambiental do contrato.

Toma-se como exemplo um contrato formulado entre o Poder Público Federal e uma empresa estrangeira de embarcações de pesca marinha ganhadora da licitação pública, tendo como objeto contratual a liberdade de pesca de crustáceos no litoral norte brasileiro, não contendo o pacto qualquer cláusula socioambiental. O contrato passou a ser executado provocando uma acentuada diminuição da população de crustáceos na região, vindo a prejudicar os pescadores do litoral norte e evidentemente desencadeando séria ameaça à fauna crustácea da

Decreto Estadual 23.430/74 prevê a utilização exclusiva de água fornecida pela rede pública, além disso, o Decreto 42.047/02 dispõe sobre a necessidade de haver proteção sanitária abrangendo área de perímetro de 10 metros a partir do ponto de captação, em não sendo atendidos tais requisitos, viável é o indeferimento da autorização para construção de poço artesiano. É o caso de considerar a possibilidade de dano inverso, sobretudo tendo em vista o princípio da precaução, relacionado à ameaça de contaminação das águas, em detrimento da comunidade local, que justifica a restrição ao interesse econômico do impetrante. Não há direito líquido e certo a ser protegido por *mandamus*, à autorização prévia para a construção de poço artesiano, tendo a autoridade coatora agido em consonância com normas aplicáveis à espécie, atendendo ao disposto nos artigos 11, 35 e 36 da Lei n.º 10.350/94, que regulamentou o art. 171 da CE/89. São legais os dispositivos dos Decretos ora questionados (art. 87 do Decreto Estadual nº. 23.430/74 e art. 30 do Decreto Estadual 42.047/2002), uma vez que visam à proteção ambiental, mais especificamente, com relação ao saneamento básico. Os decretos regulamentares estão restritos à matéria sobre a qual dispõe a lei, devendo concretizar suas disposições, versando sobre questões diretamente relacionadas com as finalidades previstas nas leis, sobretudo no que diz respeito à imposição de restrições administrativas tendo em vista o interesse da coletividade, no caso, a proteção do meio ambiente. Deve se observar que o controle exercido pelo Estado, no que tange a utilização dos recursos hídricos, é conveniente, pois o Estado permite ou não que o particular se valha de tais recursos, compatibilizando o interesse individual com o interesse coletivo, objetivando a preservação do meio ambiente. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70024254880, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 10/12/2008).

³³¹ Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região: DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O rito célere do mandado de segurança não admite dilação probatória. 2. Envolvendo a questão posta nos autos discussão quanto aos limites da Área de Proteção Ambiental (APA) da Bacia do Rio Descoberto, inviável a sua solução pela via estreita do mandado de segurança, afigurando-se correta a sentença que denegou a segurança, facultando à impetrante o uso das vias ordinárias. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida. (Proc. AMS 1720 DF 2000.01.00.001720-7. Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro. 6ª. Turma. Julg. 24/06/2002. DJ 09/08/2002. p. 204).

região, desrespeitando recomendação técnica do órgão científico da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca - SEAP,³³² que incentiva a prática da sustentabilidade, recomendando a deslocação de embarcação que já realiza a pesca no sul e sudeste para o norte e nordeste, garantindo a pesca em diferentes regiões do país. Sendo os pescadores organizados em sindicato constituído e em funcionamento há pelo menos um ano, nada obsta que seja impetrado por estes mandado de segurança coletivo ambiental, fundamentado no descumprimento da função socioambiental do contrato, comprovando a lesão a direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, por intermédio da recomendação do SEAP, sendo o mandamus coletivo plenamente apto a instrumentalizar a tutela ambiental.

Embora o mandado de segurança coletivo tenha como objetivo nuclear a tutela dos direitos dos filiados a um partido, um sindicato, uma entidade de classe ou uma associação, não há qualquer óbice para que um de seus legitimados se utilize do remédio constitucional em busca da defesa de direitos difusos, como é o caso do meio ambiente, visando combater ato abusivo e ilegal de uma autoridade administrativa que atinja direito líquido e certo a um meio ambiente saudável e equilibrado, sendo este um instrumento jurídico capaz de lograr êxito em seu desiderato de forma bastante eficaz.

5.4.2.3 Ação popular ambiental

A ação popular é um dos remédios jurisdicionais mais antigos e um dos precursores na defesa do interesse público, sendo prevista inicialmente na Constituição de 1934 e posteriormente na Carta Magna de 1946, sendo posteriormente regulamentada pela Lei 4.717/65. Junto à Constituição Federal de 1988 (art. 5º., inciso LXXIII³³³) ganhou nova roupagem, tendo seu objeto ampliado, passando a açambarcar a moralidade administrativa e o meio ambiente.

³³² SECRETARIA ESPECIAL DE AQUICULTURA E PESCA. Recomendação disponível em: http://www.mpa.gov.br/index.php?option=com_search&searchword=seap. Acesso em 12 mar. 2013.

³³³ Art. 5º. Inciso LXXIII. Qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado, 1988.

Assim, a ação popular passou a ter como objeto de tutela o patrimônio público, inclusive o de entidades das quais o Estado participe, atacando atos ilegais lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, no intuito de preservar bens, tanto de natureza pública (patrimônio público *stricto sensu* e patrimônio particular de entidade que tenha participação estatal), quanto de natureza difusa (meio ambiente)³³⁴, o que é bem esclarecido por Hely Lopes Meirelles:

Ação popular é o meio constitucional à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos³³⁵.

Como preleciona o art. 1º. da Lei 4.717/65³³⁶, a legitimidade ativa para a propositura da ação popular é deferida somente àquele que traga consigo a condição de cidadão³³⁷, isto é, à pessoa física no gozo de seus direitos políticos, o eleitor³³⁸, sendo vedada sua propositura por pessoa jurídica³³⁹, por estrangeiros ou

³³⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1473.

³³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 115.

³³⁶ Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. BRASIL. **Lei 4.717** de 29 de junho de 1965. Brasília, 1965.

³³⁷ Compreende-se como cidadania a qualificação do nacional ao exercício de seus direitos políticos de ser eleitor e ser eleito. PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 336. Gregório Assagra de Almeida discorda desta questão salientando que A ação popular está dentro das garantias constitucionais fundamentais (art. 5.º, LXXIII da CF), de sorte que, se a Constituição não estabelece qualquer restrição à concepção de cidadão, não é compatível qualquer interpretação restritiva. [...] Destarte, todos os que devem ser respeitados na sua *dignidade de pessoa humana têm legitimidade ativa* para o ajuizamento de ação popular: o analfabeto que não se alistou; os maiores de 70 (setenta) anos, cujo voto também é facultativo; os que não estejam em dia com o serviço eleitoral; os presos, etc. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 367.

³³⁸ No que refere-se a eleitor menor púbere (16 anos) este também é parte legítima para propor a ação, estando capacitado para o exercício desse poder que decorre de sua condição política de eleitor. Poderá agir em juízo, praticando atos processuais, sem assistência de seus pais ou representantes legais, pois o exercício pleno dos direitos políticos não pode ser feito por representação. NERY JR., Nelson e outra. **Código de Processo Civil Comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 409. Nota 10 ao art. 7º. do Código de Processo Civil.

³³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 365**. Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

partidos políticos.

Na outra extremidade processual, a ação popular pode ser proposta em desfavor das pessoas citadas no art. 6º. da Lei 4.717/65³⁴⁰, contudo, como bem alerta Mancuso, do dispositivo legal se infere a busca pelo estabelecimento de espectro abrangedor, de forma a englobar junto ao pólo passivo “não só o causador da dano ou produtor direto do sindicado, mas também todos aqueles que, de algum modo, para ele contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente”³⁴¹.

Assim, todos os que participaram do ato lesivo devem figurar no pólo passivo da ação popular, e tratando-se da ação popular ambiental “ela pode ser intentada em face do particular e do Estado, indistintamente”³⁴².

Estando o Brasil rumo ao Estado Ambiental, a participação social é indispensável, afinal, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, encontra-se a coletividade investida no dever de tutela ambiental, motivo pelo qual a Constituição Federal disponibilizou instrumento legal de proteção, que pode ser utilizado por qualquer cidadão para impugnar atos lesivos da administração pública que apresentes riscos ambientais, de forma preventiva ou repressiva. A ação popular é um mecanismo de exercício da cidadania participativa e com responsabilidade social ambiental, gerando maior conscientização.

Insta salientar que embora seja pressuposto da Ação Popular a existência de ato ilegal e lesivo, na Ação Popular Ambiental basta que este ato comissivo ou omissivo seja lesivo, dispensando que seja ilegal, bastando a mera demonstração de dano ou ameaça de dano ambiental³⁴³

Quadra destacar que a ação popular ambiental não tem o escopo de reparação, como no caso da ação civil pública, mas sim o de anulação do ato lesivo ao meio ambiente. O que muitas vezes ocorre por intermédio de contratos

³⁴⁰ Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. . BRASIL. **Lei 4.717** de 29 de junho de 1965. Loc. cit.

³⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.

³⁴² VITTA, Heraldo Garcia. **O meio ambiente e a ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 49.

³⁴³ SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. Ação popular ambiental: primeiras abordagens. *In*: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006. p. 110.

administrativos.

Toma-se como exemplo um contrato administrativo celebrado entre um município e uma empresa de limpeza, tendo como objeto a coleta e depósito do lixo junto a um terreno baldio. Ocorre que este terreno encontra-se na cabeceira de uma floresta de preservação permanente e o lixo, sendo o contrato totalmente lesivo ao meio ambiente, descumprindo com sua função socioambiental. Desta forma, qualquer cidadão é legitimado para a propositura da Ação Popular Ambiental, visando anulação do contrato, com fundamento, tanto na lesividade ambiental, como no descumprimento da função socioambiental do contrato.

Enfim, a Ação Popular Ambiental pode e deve ser utilizada por todo e qualquer cidadão para que efetue a fiscalização e busque através desta proteger o meio ambiente, bem como operacionalizar a função socioambiental do contrato, haja vista que mais que um direito é um dever, vez que o meio ambiente saudável e equilibrado se trata de direito transindividual e difuso.

5.4.2.4 Mandado de injunção ambiental

O Mandado de Injunção foi criado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LXXI³⁴⁴) como instrumento processual específico, apto a dar plenitude de fruição a direitos dos cidadãos com previsão constitucional, sobretudo aos alistados como direitos fundamentais e sociais, assim, será cabível o mandado de injunção todas as vezes em que se estiver ante a ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

A única previsão legislativa quanto aos aspectos processuais do mandado de injunção é no sentido de que, enquanto não for editada legislação específica sobre o tema, serão observadas as normas do mandado de segurança³⁴⁵. Com a vigência da Lei 12.016/2009, nova Lei do Mandado de Segurança, esta

³⁴⁴ LXXI. 'conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma reguladora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania'. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

³⁴⁵ Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor. Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. BRASIL. Lei **8.038**, de 28 de maio de 1990, Brasília, 1990.

passou a disciplinar também o procedimento do mandado de injunção.

Com relação ao objeto específico o mandado se funda na proteção dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, dentre estes o meio ambiente, sendo exigido apenas dois pressupostos para sua impetração: a) direito consagrado pela Constituição; b) que este direito esteja sendo obstado de fruição por ausência de regulamentação legal.

Quadra destacar que o mandado de injunção pressupõe uma ligação (nexo causal) entre a ausência de regulamentação e a impossibilidade de se realizar um direito³⁴⁶, desta forma, o remédio constitucional será cabível somente quando direito subjetivo for obstado face à omissão, como comenta Roque Antonio Carraza:

Noutros termos, o mandado de injunção só é cabível quando a inexistência de norma regulamentadora torna impossível ou inviável o exercício de direitos constitucionais. [...] Por igual modo, não cabe mandado de injunção diante de normas constitucionais de eficácia plena, que, por terem *aplicabilidade direta, imediata e integral* [...], prescindem de normas regulamentadoras para produzirem todos os efeitos no mundo do Direito. O mesmo podemos dizer das normas constitucionais de eficácia contida, que também tem *aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral* [...] e, por isso mesmo, não demandam a edição de normas de eficácia limitada (ou reduzida) – quer as *declaratórias de princípios institutivos ou organizativos*, quer as *declaratórias de princípios programáticos* [...] – abrem espaço ao mandado de injunção³⁴⁷.

O mandado de injunção alberga os direitos e liberdades do homem voltado ao seu patrimônio jurídico, tanto quanto pessoa natural, bem como sujeito de direito, razão pela qual pode-se estender também às ficções jurídicas, como as pessoas jurídicas, podendo ser impetrado por qualquer pessoa, que pode opor-se ao poder estatal, não apenas para que estes direitos sejam respeitados, mas também para que sejam implementados e realizados, atuando de forma a sua efetiva concretização, tendo-os inclusive como meta de sua existência.

Insta salientar que o mandado de injunção também pode ser impetrado coletivamente, embora inexista previsão legal para tanto, tendo o

³⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 183.

³⁴⁷ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 400.

Supremo Tribunal Federal adotado este posicionamento³⁴⁸, que encontra respaldo no art. 5º., incisos XXI e LXXI³⁴⁹, e no art. 8º., inciso III³⁵⁰, da Carta Magna³⁵¹, fixando legitimidade às entidades associativas e sindicatos para defesa dos interesses coletivos de seus associados nas questões judiciais e administrativas³⁵², sendo complementado pela característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais³⁵³, levando a concluir pela admissibilidade do mandado de injunção coletivo, tanto na defesa de direitos coletivos *stricto sensu* quanto na defesa de direitos difusos e individuais homogêneos³⁵⁴, dentre os quais se enquadraria a possibilidade de operacionalização da tutela ambiental, ao passo que o ambiente é bem da vida que integra, no mínimo, o patrimônio jurídico do homem enquanto sujeito de direito, sem prejuízo de enquadrar-se, conforme o caso, na classe dos direitos fundamentais, podendo inclusive ser proposto pelo Ministério Público³⁵⁵.

Para melhor elucidar a questão do mandado de injunção ambiental, insta a transcrição do exemplo citado por Édis Milaré:

³⁴⁸ MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (STF. Mandado de Injunção n. 20, DJ 22 nov 1996).

³⁴⁹ Art. 5º. [...] XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. LXXI. conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma reguladora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

³⁵⁰ Art. 8º. [...] III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Loc. cit.

³⁵¹ No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 171. MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília IDP, ano 3, p.13.

³⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 102, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25/10/2002.

³⁵³ Cada direito fundamental constitui uma unidade incidível em seu conteúdo elementar. FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 213.

³⁵⁴ Contrariamente a este posicionamento, Flávia Piovesan sustenta a possibilidade de mandado de injunção na defesa de direito coletivo, mas não difuso, visto que se admitido estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deixando de viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a extirpação de lacunas do sistema jurídico-constitucional. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 144.

³⁵⁵ Por evidente que nada obsta a propositura do mandado de injunção com vistas à tutela do meio ambiente, contudo, o desgaste material e psicológico de uma demanda individual, onde se atua em desfavor do Estado, dificilmente se apresenta viável.

Na seara ambiental, o mandado de injunção também tem a sua utilidade, pois algumas normas constitucionais que visam a proteger o meio ambiente não vêm sendo aplicadas em razão da carência de sua regulamentação. Tome-se p. ex., o §3º. do art. 231 da Constituição Federal, que exige que as comunidades indígenas sejam ouvidas antes da implantação de empreendimentos de aproveitamento de recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, de pesquisa e de lavra das riquezas minerais em suas terras. Não há, no entanto, a regulamentação infraconstitucional deste dispositivo, esclarecendo *em que momento* a oitiva dessas comunidades devem ocorrer, o que vem dando ensejo a inúmeras discussões a respeito. Esta circunstância, no entanto, corre na contramão do desenvolvimento econômico e da necessidade de proteção ambiental, pois inúmeros empreendimentos (sobretudo de lavra mineral) vêm sendo operados em terras indígenas sem o respeito à norma constitucional, porenquanto os empreendedores não conseguem licenciá-los (pois não se sabe em que momento se deve ouvir as comunidades afetadas), causando prejuízos de toda ordem às próprias comunidades e impactando o meio ambiente de forma significativa, ilegal e sem qualquer controle por parte dos órgãos ambientais. De fato criou-se um impasse: o empreendedor quem respaldado em todos os atos legais necessários, vê seu direito constitucional de empreendedor obstaculizado; de outro lado, o interesse público, que exige a implantação de projetos de infraestrutura, como os do setor elétrico, p. ex., se efetivem para suprir as carências do setor, de modo que sejam capazes de assegurar crescimento econômico nacional; e, por fim, as comunidades indígenas, que não podem se manifestar (pois não se sabe o exato momento para tanto) e tampouco ser informadas a respeito dos eventuais benefícios que poderiam auferir através da implementação desses empreendimentos. Destarte, em matérias como essas, em que a necessária preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico não podem aguardar de maneira infundável a regulamentação dos dispositivos constitucionais, torna-se possível e até preemente a utilização do mandado de injunção ³⁵⁶.

A título de operacionalização da função socioambiental do contrato por intermédio do mandado de injunção pode-se adotar o mesmo exemplo declinado por Édis Milaré.

Suponha-se que o poder público contrate empresa para que elabore projeto e execução de aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. Por inexistir regulamentação legal acerca do momento em que os indígenas devem ser ouvidos (art. 231, §3º. da Constituição Federal) o projeto é elaborado e está prestes ao início de sua execução, que poderá causar grande impacto ambiental junto as nascentes de água do território, bem como desencadear a extinção de determinadas espécies de fauna da região, causando prejuízos ambientais diretamente à

³⁵⁶ MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 1487/1488.

comunidade indígena e indiretamente à toda a coletividade, evidenciando o descumprimento da função socioambiental do contrato, o que pode ser evitado com a oitiva antecipada dos aborígenes. Assim sendo, pode o Ministério Público, tanto em defesa da minoria indígena, quanto como defensor dos direitos fundamentais da coletividade propor mandado de injunção ambiental, de forma que se regulamente legislativamente o momento de oitiva dos indígenas, no escopo direto de proteção ambiental e indiretamente de cumprimento à função socioambiental do contrato³⁵⁷.

Embora seja evidente a possibilidade de tutela ambiental por intermédio do mandado de injunção, bem como a aptidão do instrumento para operacionalização da função socioambiental do contrato, durante muito tempo o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento meramente declaratório, declarando a omissão legislativa e comunicando a mora ao Poder competente.

Contudo, este posicionamento foi modificado, passando o Supremo a adotar a Teoria Concretista.

A nota característica da posição concretista é a de conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a existência da omissão normativa e, conseqüentemente, implementar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, permanecendo eficaz até a posterior edição normativa por parte do órgão competente. Tal decisão, portanto, implicando na criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, possui eficácia constitutiva³⁵⁸. Entretanto, esse gênero se divide em duas espécies: a concretista geral, com efeitos *erga omnes* (rechaçada pela doutrina e pelos tribunais ao dar azo ao ativismo judicial), e a concretista individual, com produção de efeitos *inter partes*.

A posição concretista individual, atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, admite que a sentença produza efeitos tão somente para o impetrante do mandado, limitando-se a regular apenas o caso concreto submetido à apreciação judicial. Ao rejeitar a eficácia *erga omnes* da decisão, a formulação permite superar o impasse criado pelo concretismo geral, contornando a eventual ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Esse posicionamento pode ser observado no acórdão a seguir, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio:

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11 ed - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram possíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa, Revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e à cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo³⁵⁹.

Pode-se dizer que o posicionamento atual atendeu às reivindicações doutrinárias anteriores, regatando do limbo do esquecimento a intenção do constituinte originário de 1988 e restaurou a autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

5.5 AS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO

Como exaustivamente já argumentado no presente estudo, nas últimas décadas, embora se tenha promovido um grande alargamento de ações nacionais e internacionais com o intuito de proteção ambiental, há ainda muito a se fazer, principalmente no que tange aos processos produtivos, onde ainda se prevalece a prática do maior lucro com o menor dispêndio de investimento, o que gera progressivamente a preocupação com o meio ambiente e a finitude de recursos naturais.

Sob o aspecto contratual constata-se a permanente inobservância

³⁵⁹ Mandado de Injunção 721-7/DF. Julgamento 30 ago. 2007. Rel. Ministro Marco Aurélio.

das diretrizes ambientais, o que acaba por macular a função socioambiental do contrato, não havendo ainda uma uniformidade doutrinária no que tange às implicações deste descumprimento, que variam entre inexistência, nulidade, ineficácia e o dever de indenização.

Em análise isolada ao artigo 421 do Código Civil não se conclui a consequência jurídica quando da infração à função ambiental do contrato, dando ensejo a propostas nem sempre homogêneas, estando em consonância com a técnica legislativa empregada, ou seja, com a configuração de cláusula geral oferecida a este dispositivo.

Neste diapasão, Martins-Costa salienta que as cláusulas gerais são caracterizadas justamente por exigirem do intérprete-aplicador do Direito que formulem seu conteúdo, investigando a hipótese de enquadrar o fato à norma, determinando os efeitos e a gradação necessária a cada caso concreto³⁶⁰.

Há uma forte tendência à análise do artigo 421 em conjunto com o parágrafo único do art. 2.035, do mesmo *Codex*, que prevê que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”³⁶¹.

Contudo, o dispositivo legal invocado igualmente não revela se a ausência de prevalência atacará os planos da existência, da validade ou da eficácia contratual.

Adotando um posicionamento bastante eclético, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a função social do contrato pode ensejar soluções distintas de acordo com cada caso concreto:

³⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Op. cit. p. 326-327.

³⁶¹ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato pro falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, 166, VI), porque a norma do CC 421 é de ordem pública (CC 2035 par. ún.); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da *função social do contrato*³⁶².

Em sentido conforme, Flávio Tartuce assera que o descumprimento da função social do contrato provoca lesão no plano de validade e no da eficácia do contrato, o que variará conforme o caso concreto³⁶³.

Destoando do linear acima, Paulo Nalin afirma que celebrado o negócio jurídico através de um contrato é evidente a geração de efeitos jurídicos, pelo que não se pode falar em inexistência contratual, entretanto, se os efeitos que este contrato gera às partes ou à sociedade são negativos, por evidente que o aspecto a ser atingido no pacto é o da invalidade jurídica, que ocorrerá por intermédio da nulidade ou da anulabilidade³⁶⁴.

A respeito desta questão, as invalidades detém uma graduação de intensidades sancionatórias, sendo a nulidade mais grave e a anulabilidade menos. Neste escólio, Orlando Gomes doutrina que:

O contrato anulável, ao contrário do nulo, subsiste enquanto não decretada sua invalidade por sentença judicial proferida na ação proposta pela parte a quem protege. O contrato nulo não produz qualquer efeito. A nulidade é a sanção que se comina a quem viola preceito de ordem pública ou simplesmente coativo, mas neste último caso, quando tutela interesse de ordem geral³⁶⁵.

Neste contexto, tendo o parágrafo único do artigo 2.035 considerado a função social do contrato como preceito de ordem pública, tem-se que sua contrariedade conduz à nulidade do pacto, devendo prevalecer a nulidade em razão do grau de relevância da função social do contrato, sendo esta considerada norma

³⁶² NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 336.

³⁶³ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 296.

³⁶⁴ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 236.

³⁶⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 193.

de ordem pública³⁶⁶.

A grande dificuldade apontada pelo próprio Nalin no reconhecimento da nulidade como consequência do descumprimento da função social do contrato reside no fato que inexiste nulidade sem previsão legal³⁶⁷, sugerindo o doutrinador o reconhecimento de uma nulidade virtual, que de acordo com Marcos Bernardes de Melo “resulta da violação de norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, que seja silente quanto à sanção da nulidade e que não defina outra espécie de sanção para o caso de ser transgredida” .

No caso de aceitação da nulidade virtual como uma possibilidade aceitável pelo ordenamento jurídico brasileiro estaria solucionada a questão, devendo-se analisar se seria caso de nulidade total ou parcial, haja vista que a anulação de uma única variável seria suficiente para ceifar a afronta à função social do contrato, sendo sempre recomendável a conservação do negócio jurídico, com eliminação da parte viciada.

Jorge Cesa da Silva entende que embora o não cumprimento da função social do contrato possa ter consequências no plano da validade, essas deveriam ser “apenas hipóteses nas quais a contrariedade com a função social seja tão radical que chegue a afetar a noção de ordem pública”, estando assim mais vinculada ao plano de eficácia contratual, priorizando também a conservação dos negócios jurídicos³⁶⁸.

Bruno Miragem pactua do posicionamento acerca da invalidade jurídica quando da violação da função social do contrato, todavia, acrescenta que além da nulidade da cláusula ou do contrato incidirá o dever de indenizar de quem tenha violado a função social do contrato, em face do dano advindo desta³⁶⁹.

Esta linha de pensamento se funda no fato de o artigo 927 do Código Civil prever que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, assim, pela interpretação do dispositivo tem-se que aquele que descumpra a função social do contrato comete ato ilícito e quando resultar em dano deve ao violador ser imposto o dever de indenizar, podendo a

³⁶⁶ NALIN, Paulo. *Idem*.

³⁶⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 93.

³⁶⁸ DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo (Organização). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 113.

³⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, n. 56, out/dez, 2012. p. 32.

violação da função social do pacto emanar, tanto das partes envolvidas no acordo, tanto dos terceiros alheios ao contrato, nascendo para qualquer um destes o dever de indenizar³⁷⁰. A desconformidade à função social, todavia, não apenas deve conduzir ao dever de indenizar, como também a outras consequências como bem salienta Ascensão:

As consequências do exercício abusivo podem ser muito variadas, não consistindo apenas na responsabilidade civil que estaria ligada à afirmação da ilicitude. Pode fundar tão-só a pretensão de cessação da conduta, a reconstituição natural e outras consequências ainda, nelas incluída a responsabilidade civil, se acrescerem os elementos normais do dolo ou negligência³⁷¹.

Além disso, a revisão contratual pode ser apontada como o efeito imediato da inobservância à função socioambiental do contrato, entendimento comungado por Rodrigo Xavier Leonardo quando afirma que “o artigo 421 representa um fundamento normativo para o já assentado entendimento de que o princípio da intangibilidade dos contratos cede frente ao poder de revisão e integração das cláusulas contratuais abusivas”³⁷².

O entendimento mais ponderável quando do descumprimento da função social do contrato parece depender de cada caso concreto.

No campo da existência tem-se que o fato de o contrato estar composto por seus elementos básicos – manifestação de vontade, agente, objeto e forma – não significa que as partes ou terceiros cumprirão com a função social do contrato. Por evidente que um contrato que descumpra com sua função social, na grande maioria dos casos, cumprirá com seus elementos existenciais sendo decorrente de uma manifestação de vontade, emanada por um agente, acerca de um objeto, obedecendo a uma determinada forma, o que não significa que não produzirá efeitos positivos para as partes (efeitos intrínsecos), tampouco para a sociedade (efeitos extrínsecos).

Na esfera da validade há que se verificar se a manifestação de

³⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. *In*: CANEZIN, Claude. **Arte Jurídica**. V. II. Curitiba: Juruá, 2005. p. 15. No mesmo sentido BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 249.

³⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do Direito. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. **Questões controversas no Direito das Obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005. p. 41.

³⁷² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 57.

vontade foi livre e dotada de boa-fé, bem como se o agente emissor da vontade é capaz e legítima, se o objeto do contrato é idôneo e se a forma do pacto é prescrita ou não defesa em lei. Na grande maioria das vezes tem-se que um contrato que descumpra com a sua função social dificilmente atenderá ao seu plano de validade, haja vista que nestes casos dificilmente o pacto será detentor de um objeto lícito ou não terá a sua forma defesa em lei.

No plano de eficácia do negócio jurídico há um processo mais delicado de análise, haja vista que existente e válido um negócio jurídico, habitualmente passa-se automaticamente à produção de eficácia, entretanto, podem incidir sobre este contrato existente e válido três acidentes que comprometerão a sua eficácia, sendo estes: a) termo – evento futuro e certo, que determina o início e/ou termo final dos efeitos; b) condição – evento futuro e incerto que poderá iniciar a produção dos efeitos ou fazer cessá-los; c) modo ou encargo – determinação acessória accidental dos negócios jurídicos gratuitos, que impõe ao beneficiário da liberdade um ônus a ser adimplido, em prol de uma liberdade maior; o que nem sempre comprometerá a função social do contrato.

Há que se destacar ainda que é sempre prudente uma análise ponderada à possibilidade de conservação do negócio jurídico, que pauta-se no fundamento de que não se deve supor que as partes tenham celebrado um contrato inutilmente e sem seriedade, devendo sempre ser conservado o negócio jurídico quando se apresentar esta possibilidade.

Quando descumprida a função socioambiental do contrato, embora a(s) conseqüência(s) desta inobservância varie de acordo com a análise de cada caso concreto, constata-se que as conseqüências mais ocorrentes são a lesão ao campo de validade do negócio jurídico em conjunto com a aplicação do dever de indenizar, sendo possível ainda se cogitar uma revisão judicial, que pode levar a uma alteração do conteúdo contratual, alterando a obrigação de uma ou de ambas as partes, devolvendo o equilíbrio econômico do pacto.

6 A HERMENÊUTICA E A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO

Conforme já amplamente argumentado no presente estudo, o Direito Contratual não é mais compreendido sob a ótica individualista, calcada exclusivamente na autonomia da vontade, o que inevitavelmente alterou a hermenêutica contratual, que se refere à questão da concretização do sentido compreensivo e interpretativo dos pactos, em face dos diversos casos concretos submetidos à apreciação judicial, tendo em vista às chamadas cláusulas gerais do Código Civil, dentre as quais se destaca a cláusula explícita da função social dos contratos (CC, art. 421), que origina como um de seus desdobramento, a cláusula implícita da função socioambiental dos contratos.

Uma cláusula geral, ante sua abertura à compreensão e interpretação, – até mesmo por trata-se de mecanismo com objetivo de garantia de atualização do direito às necessidades sociais – não pode tornar permissiva uma aplicação discricionária, tampouco tirana ou paternalista, tendo em vista que se trata de trabalho argumentativo árduo, inserido dentro de inúmeros contextos, no escopo de entregar solução mais justa a cada caso concreto.

Sendo a cláusula da função social do contrato geral e aberta, pode lhe ser atribuído inúmeros significados por seu aplicador dentro uma determinada controvérsia jurídico-processual, o que deverá ser feito com base em valores e princípios constitucionais, na dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais e construções jurisprudenciais, de modo a garantir a integridade da decisão.

Neste linear, Marcelo Cattoni de Oliveira esclarece que “a chamada função social do contrato deve ser compreendida a partir dos argumentos desenvolvidos pelos envolvidos, pelas partes, num determinado caso concreto, à luz de uma compreensão principiológica do Direito que garanta a integridade do sistema”³⁷³ e principalmente a segurança jurídica, não por intermédio de uma imutabilidade legal, mas pela verdadeira adoção de critérios de justiça e equidade,

Eis a relevância da hermenêutica jurídica ante a cláusula geral da função social dos contratos e conseqüentemente da função socioambiental dos

³⁷³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *In* FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. **Hermenêutica contratual no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Apresentação, p. xiv.

contratos que será apresentada a seguir de forma mais detalhada.

6.1 HERMENÊUTICA: VISÃO GERAL E SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO COM A INTERPRETAÇÃO

O termo hermenêutica tem origem no latim *hermeneuticus* que, por sua vez, deriva do grego *hermeneuein*, que significa expressar, explicar, traduzir ou interpretar), encontrando intrínseca vinculação ao deus Hermes, que servia de canal de comunicação dos deuses do Olimpo com os mortais, a quem também foi atribuída a descoberta da linguagem e da escrita, dessa forma, a palavra hermenêutica teria o sentido daquilo que “torna compreensível” através da linguagem.

A hermenêutica compreendida de forma sistematizada como a arte da interpretação surgiu pela primeira vez no ano de 1.654 na obra *Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum* de J.C. Dannhauer, sendo utilizada como mecanismo por meio do qual os protestantes interpretaram a Bíblia, na luta contra o catolicismo romano, introduzindo uma interpretação mais literal e menos alegórica dos escritos sagrados.

Gadamer teve papel relevante junto à hermenêutica, haja vista que introduziu a idéia de que interpretar é compreender e que para compreender (interpretar) o homem precisa compreender a si e seu entorno. A idéia central do filósofo alemão seria a de que “compreender não é, em todo o caso, estar de acordo com o que ou quem se compreende [...] compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa”, procurando avaliá-la, incorporando a idéia distinta ao seu conhecimento³⁷⁴, tornando clara sua reflexão realizada sobre o leito social onde acontece a convivência, o que acaba por direcionar a hermenêutica às necessidades da coletividade, orientando-a.

Assim, a hermenêutica refere-se a uma construção que se consolida sempre no plano do contexto histórico. Quando fatos e atos se apresentam desarmônicos e incompreensíveis, incumbe ao intérprete efetivar as vinculações necessárias a fim de que os episódios desencadeados pelo agir humano ganhem sentido e estejam aptos a serem compreendidos sob o pálio de seus motivos e

³⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito: a tarefa da hermenêutica enquanto filosofia. In ALMEIDA, Custódio Luis Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: PUCRS (Coleção Filosofia, n. 117), 2000. p. 23.

finalidades, auxiliando a sociedade³⁷⁵.

Embora seja comum tratá-las como sinônimo, insta esclarecer que *interpretação* não se confunde com *hermenêutica*. Enquanto a *interpretação* corresponde a atribuir preço, valor, avaliar; a *hermenêutica* significa a arte de interpretar, expressar sua palavra no sentido de se fazer entender³⁷⁶, assim, a interpretação se consubstancia na aplicação da hermenêutica³⁷⁷.

No mesmo escólio, Paulo Nader afirma que a hermenêutica seria o enquadramento teórico que oferece os princípios, critérios, métodos e orientação geral à interpretação, enquanto esta adotaria um papel mais prático, se consubstanciando na aplicação dos ensinamentos da hermenêutica ao caso concreto³⁷⁸.

Sob o aspecto jurídico, a interpretação refere-se a uma arte que detém suas próprias técnicas, ficando subordinada ao Direito, aos postulados sociológicos e filosóficos e à própria Hermenêutica, construindo novos processos de interpretação, modernizando regras jurídicas antigas e gerais (sistema jurídico) para o atendimento das necessidades sociais atuais e individuais.

Dentre os inúmeros sentidos que um texto jurídico-normativo pode conter, o intérprete do Direito deve optar por aquele que melhor corresponde ao justo, observando sempre o caso concreto, ou seja, a hermenêutica sempre pressupõe a escolha de mais de uma possibilidade, sendo que caso contrário não exigiria qualquer deliberação, como bem argumentava Aristóteles³⁷⁹ ao sustentar que “deliberamos sobre as coisas que estão ao nosso alcance e podem ser realizadas”.

Isto é, não há norma jurídica que não comporte a escolha de uma possibilidade interpretativa. O problema hermenêutico constitui-se então, na criação de condições de decidibilidade, vez que existe a obrigatoriedade da compreensão e, portanto, deve haver um sentido que prepondere e coloque um fim prático às

³⁷⁵ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2011, p. 225.

³⁷⁶ PUGLIESE, Márcio. Hermenêutica constitucional. In GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro (organização). **Hermenêutica constitucional** – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 523. Ao final constar 523-551.

³⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1.

³⁷⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 261.

³⁷⁹ ARISTÓTELES. **Ética a nicômano**. III, 3, 30. Coleção Os Pensadores. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 85.

múltiplas possibilidades de interpretação de uma norma jurídica.

Identicamente à hermenêutica e à interpretação pura, na seara jurídica ambas, embora co-relacionadas, abarcam distinções como bem assevera Vicente Ráo:

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação; a interpretação por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos proceitos nela contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam³⁸⁰.

Assim sendo, a hermenêutica jurídica tem como objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis, com o escopo de atribuir o sentido e o alcance das regras do Direito, haja vista que as leis positivadas no ordenamento jurídico foram formuladas genericamente e de forma bastante ampla, fixando regras, consolidando princípios e estipulando normas, contudo, sem a pormenorização necessária e indispensável a cada caso concreto para a emissão de uma decisão equitativa e justa.

Justamente em razão desta forma geral e abstrata, fica a cargo da interpretação, quando da aplicação de uma determinada norma a um caso concreto, torná-la concreta e individualizada, aplicando métodos técnicos de interpretação, haja vista que “a hermenêutica tem um sentido mais genérico e mais preso ao plano teórico; a interpretação, que visa ao concreto e que atende ao movimento da ordem para a prática, aparece motivada por uma finalidade que é a aplicação”³⁸¹.

A hermenêutica através da interpretação visa possibilitar a boa aplicação do direito ao fato que lhe é submetido, confirmando-o, adequando-o ou negando-lhe validade, isto é, cada intérprete, conforme sua compreensão, condição, experiência e axiologia irá adaptar e conformar aos reais sentidos das normas jurídicas interpretadas, aos fatos concretos a ele subjugados, realizando um

³⁸⁰ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5 ed, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 456.

³⁸¹ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 246.

verdadeiro método processual de interpretação³⁸², depondo o dogma convencional no qual a norma jurídica se subsume a um determinado caso concreto, formando a decisão jurídica.

Em complementação à idéia, Miguel Reale sustenta que a interpretação do Direito deve atuar de forma a harmonizar o complexo jurídico existente com sua real compreensão, analisando suas particularidades, alcançando por fim a sua essência. Para tanto apresenta a *hermenêutica estrutural*:

- a) Toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística, fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito;
- b) Toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada;
- c) Cada preceito significa algo situado no ordenamento jurídico³⁸³.

A partir desta estruturação é possível concluir que o trabalho do intérprete não se restringe à aplicação da lei a um determinado caso concreto, antes de tudo refere-se a uma análise estrutural e construtiva (método processual de interpretação), no intuito de real compreensão do sentido e do alcance da norma, atentando-se sempre para a sistemática jurídica e principalmente para as necessidades sociais.

Sintetizando o sentido desta argumentação, Sérgio Alves Gomes destaca que o papel da hermenêutica é a busca da compreensão da realidade posta como objeto de interpretação, a respeito do qual se pergunta pelo significado, pelo sentido, em contrapartida, quando se refere ao conceito de interpretação afirma que esta ganha razão de ser quando se dirige à efetiva aplicação das normas jurídicas às situações concretas, lembrando que o direito deve estar “[...] sempre voltado ao disciplinamento da convivência das pessoas, em um contexto social, a fim de que esta seja a mais *justa e razoável* possível”³⁸⁴.

Isto tudo porque a sociedade contemporânea deixou de estabelecer relações entre pessoas e sujeitos, dando lugar à relações entre atores sociais e proposições, assim, a interpretação da norma e dos fatos deve se realizar à luz da

³⁸² Terminologia adota por Habermas para sintetização da hermenêutica. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 247.

³⁸³ REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 287.

³⁸⁴ GOMES, Sergio Alves. Op. cit., p. 49.

axiologia da própria proposição normativa, sem contudo, olvidar-se da necessidade de compreensão ampla – que deve constantemente ser atualizada às necessidades sociais da problemática jurídica a ser solucionada - haja vista ser o Direito uma constante - , promovendo o resguardo máximo à dignidade da pessoa humana.

6.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Como salientado no tópico acima, a hermenêutica jurídica possui o ávido escopo de compreender e resguardar a dignidade da pessoa humana, desta forma, auxiliará na construção da democracia, do Estado Democrático de Direito e garantirá a observância aos Direitos Humanos e Fundamentais.

Neste diapasão, por evidente que num primeiro momento a hermenêutica constitucional deverá compreender o fenômeno jurídico em conexão com o fenômeno humano, justamente para que possa compreender verdadeiramente o real sentido da dignidade da pessoa humana.

Sendo o Estado Democrático de Direito o cenário da convivência humana, tanto com os demais homens quanto com o universo, a hermenêutica constitucional deve considerar as dimensões locais, regionais e mundiais deste homem, visando interpretar o direito, sob o pálio dos princípios constitucionais, almejando a máxima concretização da norma constitucional, consolidando a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Evidente que a realidade do mundo fático também influenciará direta ou indiretamente a interpretação constitucional. Konrad Hesse assera que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”, assim, a hermenêutica constitucional busca a concretização da norma constitucional, isto é, a interpretação e compreensão constitucional consideram os fatos do mundo real, muito além da norma fria³⁸⁵.

Konrad Hesse sustenta ainda que é necessária a aplicação de uma interpretação construtiva de forma a garantir a “consolidação e preservação da força normativa da Constituição”. Entretanto, essa interpretação deve considerar os “fatos concretos da vida”, vez que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das

³⁸⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 14.

condições reais dominantes numa determinada situação”³⁸⁶.

Esse processo hermenêutico sistêmico da Constituição adota elementos tanto do texto constitucional, quanto do próprio constitucionalismo³⁸⁷, que devem ser analisados conglobadamente, vez que é através destes postulados de interpretação que a atividade do intérprete julgador deve se desenvolver, atuando como verdadeiros limites à sua subjetividade.

Márcio Pugliese sustenta que para uma atividade interpretativa válida do texto constitucional é indispensável a observância dos seguintes elementos: a) reconhecimento da supremacia das normas constitucionais; b) atribuição de caráter normativo à Constituição; c) interpretação de normas constitucionais a partir da Constituição, mesmo nos casos de confronto com normas de Direito privado; e d) assunção de posicionamento programático diretivo, com o escopo de realização de interpretação constitucional³⁸⁸.

O postulado da supremacia da Constituição consagra a prevalência da norma constitucional sobre as demais infraconstitucionais, assim sendo “o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema”³⁸⁹. A Carta Magna nada mais é do que o vértice inicial da interpretação, de onde se seguirá para a interpretação das normas infraconstitucionais.

Refere-se o caráter normativo da Constituição ao fato de que as disposições constitucionais possuem força de lei, vinculando todas as esferas do Poder Público, não dependendo de qualquer lei para sua aplicação, se consubstanciando em verdadeira garantia do indivíduo em face de possíveis abusos de poder do ente estatal. Assim sendo, é ao menos discutível qualquer medida política ou judicial que impute à norma constitucional algum grau de ineficácia.

No que tange à interpretação de normas constitucionais a partir da

³⁸⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 12.

³⁸⁷ O Constitucionalismo é um movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15.

³⁸⁸ PUGLIESE, Márcio. Op. cit., p. 523.

³⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

Constituição esta característica corresponde ao fato de que a Constituição é uma e de forma sistêmica – interpretação das normas constitucionais a partir da própria Carta Magna – direciona o intérprete, mesmo nos casos de confronto com normas de Direito privado, hipótese em que deverá ser harmonizada pelo intérprete conforme as diretrizes constitucionais.

Com relação à elevação do posicionamento constitucional programático diretivo há que se esclarecer que sendo a Constituição um documento político-programático e social-dirigente, este deve ser elevado ao nível de supremacia, incumbindo ao intérprete utilizar-se de seus postulados propagando a ideologia democrática da Carta Magna à todo o ordenamento jurídico, vinculando-o, sempre com vistas à concretização de uma interpretação constitucional.

Insta salientar ainda que para a interpretação de uma norma infraconstitucional, o intérprete deve promover uma verdadeira filtragem constitucional, o que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico normativa em associação com a realidade social, política e econômica.

Neste sentido afirma Luis Roberto Barroso:

O Direito Constitucional é um modo de olhar o Direito e a Constituição é a lente por que se deve ler e interpretar os demais ramos do Direito, de modo que o Direito Infraconstitucional deve ser lido e reinterpretado a partir da Constituição, cuja supremacia, além de formal, é axiológica. Enfim, toda interpretação jurídica é constitucional. A norma infraconstitucional deve ser interpretada como forma de viabilizar e concretizar a vontade constitucional³⁹⁰.

Isso quer dizer que todos os elementos normativos, inclusive sua axiologia e procedimento “devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”³⁹¹.

Neste diapasão e, considerando esse novo cenário constitucional, Paulo Bonavides observa um notável crescimento da importância dos métodos interpretativos, salientando ainda que nos ordenamentos jurídicos direcionados por uma Constituição rígida, a interpretação constitucional consiste em mecanismo de

³⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Hermenêutica e interpretação da Constituição. Palestra proferida no **XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo, 12 a 14 de maio de 2004. Notas taquigráficas.

³⁹¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 104, nota de rodapé 5.

garantia do equilíbrio do sistema e jurídico³⁹². O autor chama atenção ainda para o fato de que “interpretar a constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido; é sobretudo, atualizá-la”. A hermenêutica constitucional não deve olvidar-se da realização do escopo de atualização do texto constitucional, incumbindo ao hermeneuta a ponderação dos fatos do mundo real, com reflexos à interpretação justa e correta do texto constitucional, de forma a gerar justiça³⁹³.

Toda esta planificação sintetiza-se na denominada nova Hermenêutica constitucional, que ante a configuração do paradigma do Estado Democrático de Direito, torna-se indispensável para salvaguardar e concretizar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior da Constituição da República Federativa do Brasil.

Neste sentido bem argumenta Sérgio Alves Gomes:

Esta Nova Hermenêutica pressupõe, no hermeneuta, a capacidade de compreensão do ser humano em face de sua complexidade. Um ser que anseia por vida digna e que, ao instituir o Estado Democrático de Direito, pretende seja este uma instituição competente e eficaz para garantir a salvaguarda da dignidade humana e de um modo de vida capaz de satisfazer razoavelmente, as carências humanas fundamentais. Sem a Nova Hermenêutica Constitucional não é possível concretizar o Estado Democrático de Direito. Isso porque ele traz um novo conceito e novos recursos de interpretação constitucional e colabora com seu olhar interpretativo na construção de uma teoria constitucional que reafirma e renova o valor da Constituição enquanto congregadora dos valores fundamentais da convivência humana. Essa teoria nasce da busca do significado da Constituição no âmbito do Estado Democrático de Direito, significando este, construído com o auxílio de várias perspectivas em diálogo, dentre as quais participam: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria do Estado, Filosofia Política, Antropologia Filosófica, Sociologia Jurídica... todas elas levadas em conta pela Hermenêutica constitucional³⁹⁴.

Esta inovadora Hermenêutica esclarece que a busca de sentido para o Direito, para a Constituição e para as leis em geral, se vincula em sua formação com a inquietação humana que almeja sentido para a própria existência da

³⁹² BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. *In*: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro. **Hermenêutica constitucional** – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 711.

³⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores., 2003. p. 437.

³⁹⁴ GOMES, Sergio Alves. *Op. cit.*, p. 319-320.

sociedade.

Perceber a conexão que imprescindivelmente deve existir entre o Estado-Nação, sua Constituição, o Direito e seu povo é o avanço fundamental a ser dado pela Hermenêutica Constitucional, para que se amplie os horizontes dos intérpretes, buscando ampliar as suas possibilidades de participação, através da interpretação, na construção do Estado Democrático de Direito, entretanto, incumbe ao intérprete o desafio de compreender e atender as exigências desta nova hermenêutica.

É esta nova hermenêutica constitucional que fornecerá os elementos necessários à realização da complexa leitura dogmática do direito privado brasileiro em consonância com a Constituição e, conseqüentemente, é através dela que o intérprete deve se orientar de forma a compreender e interpretar as cláusulas gerais dispersas junto ao Código Civil, especialmente a cláusula da função social do contrato que outorga inovadora diretriz axionormativa ao Direito Contratual contemporâneo, que será abordada em momento oportuno.

6.3 A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRAÇÃO CONTRATUAL

Tendo em vista que a hermenêutica, por intermédio da interpretação, promove a aplicação do direito ao fato que é submetido à apreciação do Poder Judiciário, tratar-se-á neste tópico sobre a interpretação e integração dos contratos.

A priori quadra destacar a premissa fundamental da interpretação, qual seja, que todo e qualquer preceito deve ser interpretado sistematicamente e em harmonia com os princípios gerais do sistema, principalmente com as diretrizes constitucionais. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro por sua vez dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³⁹⁵, complementando ainda que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”³⁹⁶, o que torna claro que as regras de interpretação se modificam quando da alteração de valores sociais.

Embora as diretrizes constitucionais permaneçam rígidas, incumbe ao intérprete analisá-las e compreendê-las conforme a necessidade (valor) social

³⁹⁵ Art. 4º. BRASIL. **Decreto-Lei 4.657** de 4 de setembro de 1942, que estabeleceu a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

³⁹⁶ Art. 5º. BRASIL. *Idem*.

contemporânea atendendo à funcionalização do direito em prol da pessoa humana, valendo-se nos casos de omissão legislativa da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, sempre no escopo de atendimento do bem comum, ou seja, toda e qualquer interpretação legal, inclusive a contratual, deve promover a tutela da liberdade e principalmente garantir a equidade, a dignidade e todos os demais valores protegidos constitucionalmente, ou seja, atualmente os contratos não podem mais ser interpretados com base exclusiva na autonomia privada, mas sim em conjunto com demais valores sociais, eis o processo de filtragem constitucional já salientado.

Superada esta questão, destaca-se que o Código Civil Brasileiro não trouxe um capítulo específico para interpretação dos contratos, dedicando-lhe apenas alguns dispositivos, como por exemplo do arts. 112 a 114, 423 e 819³⁹⁷, deixando evidente que a opção do legislador foi inserir na codificação civil conceitos jurídicos interpretativos indeterminados, que devem ser preenchidos pelo intérprete/magistrado.

Embora haja várias posições acerca da interpretação contratual, a que parece mais plausível, ao menos na ótica deste estudo, é a adotada pelo professor Silvio Beltrão³⁹⁸ que apresenta duas teorias para a interpretação contratual, a teoria da vontade e a teoria da declaração:

A teoria da vontade, posição subjetivista, é aquela que dá ênfase ao sentido subjetivo do contrato, priorizando a vontade real do declarante. Assim, tanto para a validade do contrato quanto para a interpretação do mesmo o que interessa é a vontade efetiva do declarante. Por sua vez, a teoria da declaração, posição objetivista, consagra não a vontade real do declarante, mas o sentido que esta vontade manifestada tomou na declaração negocial. Assim, a teoria objetivista procura dar prevalência a manifestação de vontade tal qual ela foi declarada ao seu destinatário³⁹⁹.

³⁹⁷ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva. BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Loc. cit.

³⁹⁸ Esse posicionamento é seguido ainda pelos professores: GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 213-226.

³⁹⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. In LOBO, Paulo Luiz Netto (Coordenação). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife, 2003. p. 122.

Desta forma, a teoria da vontade abrange as regras de caráter subjetivo, que são aquelas que dizem respeito a declaração de vontade das partes, pedra de toque da formação dos pactos, ao passo que representa, ao menos em regra, a intenção dos contratantes em criarem situações negociais favoráveis a si. Adotando a teoria contratual a axiologia da funcionalização dos institutos em prol da pessoa e principalmente a boa-fé é que o artigo 112 do Código Civil dispôs que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

Por evidente que a interpretação contratual em seu aspecto subjetivo não permite a exclusão do sentido das palavras, até mesmo porque isso corresponderia à ruína das convenções negociais e da segurança jurídica que o instituto proporciona. O que a interpretação negocial deve almejar é a “compreensão adequada do que aparenta ser a vontade dos sujeitos contratantes, ainda que isso não transpareça aparentemente da literalidade do quanto escrito”⁴⁰⁰.

Verifica-se desta forma que a interpretação contratual, torna-se mais do nunca, um conjunto de valores somados ao escopo da relação negocial, devendo corresponder ao comportamento das partes, não acolhendo o sentido literal da linguagem quando não representar a real intenção das partes, devendo ater-se ao espírito da vontade, como esclarece Arnoldo Wald:

A interpretação do ato negocial situa-se na seara do conteúdo da declaração volitiva, pois o intérprete do sentido negocial não deve ater-se, unicamente, à exegese do negócio jurídico, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, mas sim em fixar a vontade, procurando suas consequências jurídicas, indagando sua intenção, sem se vincular, estritamente, ao teor linguístico do ato negocial. Caberá, então, ao intérprete investigar qual a real intenção dos contratantes, pois sua declaração apenas terá significado quando lhes traduzir a vontade realmente existente. O que importa é a vontade real e não a declarada, daí a importância de se desvendar a intenção consubstanciada na declaração.”⁴⁰¹

Essa premissa nos remete ainda à previsão legal civilista contida no artigo 113 de que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, revelando que a interpretação dos negócios

⁴⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 216.

⁴⁰¹ WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. In DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coordenação). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124.

jurídicos pauta-se na verdadeira vontade dos contratantes, mas sobretudo, na boa-fé, considerando sempre o interesse social de segurança das relações jurídicas, ao exigir das partes que ajam com lealdade e confiança, de modo a auxiliar-se mutuamente na formação e execução do pacto.

Situação interpretacional distinta ocorre ainda no surgimento de cláusulas contraditórias ou lacunosas, ou seja, nas hipóteses em que a volitividade das partes, tanto em caráter objetivo quanto subjetivo, não se adequa à função social dos contratos, ou quando as partes deixam de regulamentar as cláusulas contratuais de forma adequada, não prevendo todas as situações que possam interessar a completa regulamentação contratual, muitas vezes provocando reflexos sociais importantes.

Quando da colidência entre a manifestação de vontade das partes com o interesse social, o intérprete tem na aplicação das cláusulas gerais da função social do contrato (que será estudada pormenorizadamente no item 6.4) e da boa-fé objetiva um referencial hermenêutico/interpretativo seguro, podendo extrair da norma a ser interpretada o sentido moralmente mais adequado e socialmente mais útil, o que se pode chamar de função hermenêutico-integrativa do princípio da boa-fé, onde na interpretação da extensão da relação, a boa-fé será instrumento destinado a suprir lacunas e flexibilizar a vontade declarada, sendo imprescindível na determinação do comportamento negocial devido⁴⁰².

Acerca desta interpretação integrativa argumenta Adriana de Mello:

A interpretação integrativa, segundo a boa-fé, tem lugar quando o aplicador do direito não encontra nem no contrato, nem na lei, previsão da situação concreta que venha, eventualmente, a se verificar no decurso da relação obrigacional. Ou ainda quando se imponha restrição as prerrogativas de uma das partes que, analisadas de forma isolada e desvinculada da economia do contrato, poderiam autorizar a conduta contrárias aos lícitos interesses econômicos-sociais que se perseguem com o negócio⁴⁰³.

Já quando a questão envolver lacunas contratuais, o intérprete deve se utilizar da técnica de interpretação integrativa a partir da vontade presumida ou tendencial das partes, haja vista ser presumidamente impossível a obtenção da

⁴⁰² MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. *In Revista Forense*, vol. 364, dezembro de 2002, p. 12.

⁴⁰³ Idem.

vontade real dos contratantes, ante a existência de interesses contrapostos.

O intérprete deverá tentar reconstruir a idéia do contrato, presumindo a vontade das partes, supondo a aceitação destas quando da celebração do pacto caso não houvesse omissão⁴⁰⁴.

Para finalizar o raciocínio, apresenta-se os parâmetros de interpretação contratual indicados por Portier para interpretação das convenções referentes ao Código Civil Francês, que podem ser utilizados pelo direito brasileiro, visto serem compatíveis. Através destes indicadores pode-se completar as lacunas contratuais que venham a existir:

1) Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contraentes do que qual é o sentido comum das palavras. 2. Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum. 3. Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato. 4. Aquilo em que o contrato é ambíguo interpreta-se conforme o uso do país. 5. O uso é de tamanha autoridade na interpretação dos contratos que se subentendem as cláusulas do uso ainda que não exprimissem. 6. Uma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou elas precedam, ou elas sigam aquela. 7. Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa em descargo daquele que tem contraído a obrigação. 8. Por muito genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parece que os contraentes se propusera a tratar, e não as coisas em que eles não pensaram. 9. Quando o objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende todas as coisas particulares que compõe aquela universalidade, ainda aquelas de que as partes não tivessem conhecimento. 10. Quando em um contrato se exprimiu um caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contrato se estenderia àquele caso, não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se compreendem nela, como se fossem expressos. 11. Nos contratos, bem como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se distribui muitas vezes em muitas cláusulas singulares. 12. O que está no fim de uma frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não àquilo só que a precede imediatamente, contanto que este final da frase concorde em gênero e número com a frase toda⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. Op. cit. p. 128.

⁴⁰⁵ No original: 1) En la mayoría de las convenciones deberán preguntar cuál era la intención común de las partes contratantes que lo que el sentido corriente de las palabras. 2. Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se entiende que pueda entrar en vigor, y no es que eso no tendría ningún efecto. 3. Cuando los términos de un contrato son susceptibles de dos sentidos, debe

Embora se busque na interpretação dos contratos a verdadeira intenção das partes na formalização do negócio, não se pode olvidar que o intérprete deve compreendê-la de forma a integrá-la à finalidade econômica e social dos contratos.

6.4 A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL

Tendo em vista as considerações já realizadas e o fato de a função social do contrato ser uma cláusula geral, referindo-se, portanto, a um conceito aberto e carente de precisão, verifica-se a indispensabilidade de uma interpretação correta de modo a salvaguardar tanto os interesses dos particulares envolvidos, como o interesse social.

Como asseverado anteriormente, as necessidades jurídicas da sociedade contemporânea, não permitem mais uma mera subsunção do fato literalmente à norma, incumbindo ao Poder Judiciário, hermeneuta e intérprete da norma, compreender e interpretar o contexto social para a aplicação das cláusulas gerais, como a função social do contrato, concretizando princípios e tutelando direitos fundamentais, sobjamente o da dignidade da pessoa humana.

Judith Martins-Costa salienta que o desafio a ser encarado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o de adoção de uma técnica legislativa e jurídica que detenha uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que haja a possibilidade da doutrina e da jurisprudência de integrá-las num sistema compreendido de forma aberta, o que foi feito por intermédio das cláusulas gerais,

entenderse en el sentido que más conviene a la naturaleza del contrato. 4. Aquella en la que el contrato es ambiguo se interpreta como el uso del país. 5. El uso es de tal autoridad en la interpretación de los contratos que son la base de los términos de uso aunque no se expresen. 6. Una cláusula debe ser interpretada por otros del mismo instrumento o preceden, o que siguen. 7. Na duda, una cláusula debe interpretarse en su contra que ha estipulado la descarga algo en él que se contrajo la obligación. 8. Durante demasiado genérica para ser los términos en los que fue concebida una convención, que sólo entiende las cosas de las que se desprende que los contratistas habían establecido para hacer frente a, y no a las cosas que no piensan. 9. Cuando el objeto de la convención es una universalidad de cosas, comprende todas las cosas que conforman esa universalidad en particular, incluso los que las partes no eran conscientes. 10. Cuando un contrato se expresa en un caso, porque yo porque podría haber duda de que, si la obligación establecida en el contrato se extendería a ese caso, no se juzga por lo que han querido restringir el alcance de la obligación, en otros casos es justamente entenderlo como si fueron emitidos. 11. Contratos, así como en los testamentos, una cláusula concebido en el plural se distribuye a menudo en muchas cláusulas singulares. 12. Lo que está en el final de una frase se refiere normalmente a toda la oración, no sólo a lo que precede inmediatamente, siempre y cuando esta frase fi nal concordar en género y número con la frase completa. PORTIER, Robert Joseph. Op. cit., p. 58.

exigindo uma atividade judicial mais criadora⁴⁰⁶.

Claus-Wilhelm Canaris bem expõe esta característica da cláusula geral:

[...] por ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, por ela não dar os critérios necessários para sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo⁴⁰⁷.

No que tange às cláusulas gerais, Perelman identifica a relevância da interpretação no reconhecimento de uma exigência unívoca entre os dados coletados pelo intérprete (que seriam os fatos concretos) e o modo com que devem ser interpretados, contudo, esta univocidade não se refere a uma única escolha num plano bem definido, não se tratando de uma mera seleção, mas sim de uma criação, uma invenção de significações, ou seja, não se tratam de interpretações únicas e “verdadeiras”, não sendo evidentes, mas referem-se a interpretação mais justa a cada caso concreto⁴⁰⁸. O professor belga sustenta ainda que a interpretação do texto contratual deve traduzir a intenção dos sujeitos envolvidos, vez que em regra, o texto interpretado é revestido de uma argumentação implícita, revelando a essência da motivação dos contratantes, o que se mostra extremamente relevante no caso da cláusula geral da função social do contrato.

Por evidente que ante esta situação jurídica surgem os comentários de insegurança jurídica, afinal se está a atribuir ao magistrado intérprete a função de compreensão do caso e integração da cláusula aberta da forma mais equânime e justa a cada caso concreto, tudo isso sem olvidar-se de manter inalterado, na medida do possível, o interesse das partes envolvidas no caso.

Em matéria processual a segurança jurídica sempre se manteve atrelada à idéia de certeza e previsibilidade do Direito, representada pela forma de se antever, de modo razoável, o resultado de futuros litígios semelhantes aos precedentes já julgados, assim, pode-se sustentar que, em regra, o Direito aspira “ordenar as relações jurídicas de modo seguro, de forma tal qual que qualquer um deve saber as consequências jurídicas de seus atos, pois os efeitos sempre iguais

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Op. cit., p. 271.

⁴⁰⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 143.

⁴⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 72.

são previsíveis”⁴⁰⁹.

O que se busca, muitas vezes por intermédio da jurisprudência, é a segurança jurídica decorrente da coerência decisória, que geralmente proporciona ao particular uma antecipação certa e segura das consequências jurídicas a serem estabelecidas pelo Poder Judiciário, constituindo um dos elementos de unificação do ordenamento jurídico⁴¹⁰.

Por evidente que no caso das cláusulas gerais há um grande risco de a discricionariedade inerente ao processo e compreensão, interpretação e aplicação do direito tornar-se arbítrio, significando a mera concretização normatizada de escolhas subjetivas e arbitrárias do magistrado, instaurando a insegurança e incerteza jurídica no âmago social.

Desta forma, insta apresentar algumas propostas de estruturação deste poder de decisão, limitando a esfera de discricionariedade do intérprete julgador, de modo a extirpar a arbitrariedade na medida do possível, bem como oferecer aos jurisdicionados a certeza de uma segurança jurídica que lhes ofereçam condições de conhecimento das consequências jurídicas de seus atos, sobretudo nas abarcadas pelas cláusulas gerais:

a) *A priori*, no âmbito legislativo, deve haver uma combinação legal nos diplomas normativos de forma a relacionar a regulação causuítica e a adoção de cláusulas gerais, haja vista que a adoção do critério único da cláusula geral pode colocar em risco a segurança jurídica.

b) Enquanto não ocorre esta combinação legal, sugere-se no âmbito da hermenêutico-interpretativo a filtragem constitucional, de modo que todos os elementos normativos passem pela análise constitucional cumprindo com sua finalidade dogmática, devendo o intérprete julgador de cada caso concreto estabelecer uma decisão justa dentro dos moldes principiológicos e normativos constitucionais: compreendendo o meio social em que se desenvolveu a situação que será julgada; compreendendo o real interesse das partes envolvidas; priorizando o bem comum sem deformar a vontade das partes, resguardando o princípio magno

⁴⁰⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996. p. 83-84.

⁴¹⁰ Insta destacar que o papel das súmulas vinculantes e persuasivas, dos precedentes e das medidas de repercussão geral proferidas pelos Tribunais Superiores, visam justamente a atribuição de uma maior segurança jurídica ao ordenamento, consistindo estes mecanismos em instrumentos de concretização de uma maior coerência decisória entre os inúmeros órgãos jurisdicionais.

da dignidade da pessoa humana; respeitando as garantias processuais; julgando com coerência interna de forma que as consequências jurídicas de sua decisão sejam adequadas e justas àquele caso concreto; adoção de universalidade de critérios fundamentais em suas decisões, de modo que estes possam ser aplicados em qualquer caso semelhante – aproximando-se do *Common Law System*⁴¹¹;

c) O intérprete julgador das cláusulas gerais devem utilizá-las de forma a concretizar os princípios e valores garantidos pela Constituição, seja por intermédio da eficácia imediata da Carta Magna – através da efetivação concreta de direitos e garantias previstas no texto constitucional pela aplicação de sua força normativa, sem mediações infraconstitucionais –, seja por intermédio de sua eficácia mediata – servindo os axiomas constitucionais de parâmetro vinculante quando da valoração dos casos concretos;

d) Uniformização da jurisprudência e respeito a precedentes de Tribunais Superiores, constituindo uma verdadeira congruência sistemática, de forma que todo componente intérprete e julgador julgue casos semelhantes de forma harmônica e coerente, criando uma espécie de vínculo de persuasão e decisão entre os magistrados, solidificando a segurança jurídica do ordenamento, sem olvidar-se da flexibilização jurídica necessária à adaptação e mutação das necessidades sociais. Quadra destacar que essa vinculação persuasiva não corresponde a inércia e mecanização do intérprete julgador, que não deve promover mera aplicação da lei, o magistrado permanece sendo responsável pela compreensão e interpretação de cada caso concreto lhe sendo incumbido aplicar a medida legislativa mais adequada e justa a determinada situação, não podendo jamais, aplicar precedente injusto ou superado. Por evidente que a inobservância ao precedente superior deve ser fundamentada pelo magistrado conforme será abordado no item seguinte;

e) Aplicação obrigatória do princípio da livre convicção motivada do juiz, devendo o magistrado expor os motivos de sua decisão, referindo-se aos elementos de provas utilizados para a formação de seu convencimento, inclusive esclarecendo os motivos para adoção ou não, na decisão, de precedentes de Tribunais superiores;

f) Congruência com as necessidades sociais contemporâneas à

⁴¹¹ No sistema jurídico anglo-americano, também conhecido como *Common Law System* o direito é declarado pelo juiz (judge made law), sendo o precedente judicial (case law) a principal fonte jurídica. BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. O sistema jurídico anglo-americano (common law). **Revista de Direito da OAB Minas Gerais**. 2010. p. 3.

data da prolação da decisão, considerando os aspectos sociais que envolvem as partes, o meio em que ocorreu o negócio jurídico e principalmente os valores elegidos pelo contrato, sendo relativa a discricionariedade do magistrado intérprete, ao passo que é limitada pelos parâmetros socialmente vigentes, ou seja, pela cultura predominante dentro do espaço e do tempo, podendo assim, mesmo que na vigência do mesmo diploma legal, variar conforme a época da celebração do pacto e da prolação da decisão judicial⁴¹².

É evidente que não se pode negar a discricionariedade e subjetivismo que envolve todo ato interpretativo, principalmente quando presentes as cláusulas gerais, assim sugere-se estes parâmetros de forma a coibir ou ao menos atenuar a possibilidade de decisões judiciais arbitrárias.

6.5 A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL E DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO CONTRATO

Como salientado anteriormente a função social do contrato é atributo necessário à harmonização de interesses privados dos contrantes com os interesses coletivos.

Assim, considerando os interesses individuais e coletivos em jogo deverá o intérprete, além da ponderação do caso em concreto, considerar o escopo social da norma, bem como os reflexos desta interpretação/decisão junto à sociedade, o que não é tarefa fácil, haja vista não tratar-se da sobreposição absoluta da coletividade em desfavor dos interesses individuais. O grande problema reside em aplicar a cláusula geral da função social do contrato de forma que os interesses econômicos não sejam privilegiados em detrimento de uma falsa necessidade social, impedindo que a socialização do contrato sirva como instrumento para justificação de injustiças, como bem esclarece Jaqueline Dick argumentando a questão em conjunto com a dignidade da pessoa humana:

⁴¹² No mesmo sentido Michelle Taruffo sustenta que “pode-se dizer que o juiz deve referir o julgamento às noções presentes na cultura média do tempo e do lugar em que se encontra, porquanto é com esta cultura que os pressupostos e os critérios da decisão devem manter-se congruentes (livre tradução da autora). No original “il giudice del procedura dovrebbero fare riferimento alle nozioni presenti nel terreno di coltura di tempo e di luogo in cui è, dal momento che è questa cultura che le ipotesi e la decisione criteri devono rimanere congruenti”. TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 394

Neste aspecto, impõem-se mencionar que dignidade humana pressupõe a dignidade de toda a coletividade e não a proteção de um indivíduo em detrimento do outro. Assim, deverá sempre ser considerada dentro dos limites da função social do contrato, e diante do caso concreto, proteger a dignidade da coletividade. A dificuldade está justamente em proteger a dignidade humana e demais direitos fundamentais individuais destinados à proteção pessoal, mediante uma interpretação individualista, sem que tal proteção afronte a dignidade de outras pessoas⁴¹³.

A função social por si só refere-se a um valor que será levado em consideração no processo sistemático hermenêutico, haja vista que serve de parâmetro de controle, judicial ou extrajudicial, averiguando se os objetivos privados e coletivos estão sendo respeitados em um negócio jurídico, desta forma o pacto não perde sua função econômica, nem deixa de representar a vontade das partes, mas adquire uma face social no sentido de obstar atividades contrárias aos interesses coletivos e impedir desvios ou abusos⁴¹⁴.

Em patamar de idêntica importância encontra-se a função socioambiental dos contratos, que detém força jurídica especial para tutelar o meio ambiente, definindo a atividade de interpretação e aplicação do direito que se refere ao pacto, entendimento partilhado por Lucas Abreu Barroso:

As funções social e ambiental dos contratos, deste modo, integram o conjunto de princípios estruturantes do Estado de Direito democrático e ambiental, com força 'vinculante para definir toda a atividade de interpretação e aplicação do direito', consubstanciando-se em substrato inarredável na consolidação da cidadania ambiental e na estruturação do Estado de justiça ambiental⁴¹⁵.

Por evidente que sendo a função socioambiental um dos desdobramentos da função social do contrato, podendo inclusive ser considerado como um dos pilares na construção do Estado Ambiental, tendo em vista ainda a relevância de sua interpretação e aplicação no direito, evidente a importância de

⁴¹³ DICK, Jaqueline Hamester. **Direitos fundamentais e relações contratuais privadas: delimitações da influência dos direitos fundamentais na interpretação dos contratos inter-privados.** *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.* Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006, p. 133.

⁴¹⁴ SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. Op. cit., p. 103.

⁴¹⁵ BARROSO, Lucas de Abreu. **A função socioambiental do contrato agrário.** Disponível em: http://www.academia.edu/1596006/A_funcao_socioambiental_dos_contratos_agrarios. Acesso em 07 mai.2013.

estabelecimento de padrões hermenêuticos, de forma que proceda com a tutela ambiental sem prejudicar o interesse individual.

Para tanto, pode-se utilizar a mesma sistemática hermenêutica apresentada para as cláusulas gerais no item 5.3, acrescentando-se a estes mais os seguintes parâmetros:

a) Ao se proceder com a análise contratual, verificada a existência, no mesmo plano, do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, do direito à propriedade privada e da livre exploração econômica, a tutela ambiental não poderá ser preterida, devendo se compatibilizar a todo custo estes direitos. Deverá o intérprete realizar a ponderação de interesses, para que não haja sacrifício total de um ou de outro, conforme delinea Paulo Castro Rangel:

Os valores ambientais ecológicos, de qualidade de vida, não são, no quadro de hipótese do Estado de Direito ambiental, valores exclusivos nem excludentes, necessariamente prevalescentes, com dignidade hierárquica superior a qualquer outro objetivo fundamental constitucionalmente recebido. Serão antes tarefas prioritárias, sim, mas plasmadas em normas constitucionais, que terão de ser integradas num horizonte plural (diversificado e intrinsecamente concorrente ou conflitante) de princípios retrizes e de outras normas-fim, segundo um princípio de concordância prática, não compatível com qualquer forma de reducionismo⁴¹⁶.

b) Não sendo possível e nem razoável a ponderação e compatibilização de interesses, o que variará conforme cada caso concreto, devendo obviamente ser motivado e fundamentado pelo magistrado quando do proferimento de sua decisão, deverá predominar a interpretação e aplicação da norma que privilegie os interesses da coletividade, dentro da qual está inserida o indivíduo contratante, ou seja, deve-se predominar nesta hipótese o *in dubio pro ambiente*⁴¹⁷. Isto é, prejudicada a compatibilização de interesses, o meio ambiente deverá receber um maior peso do que os valores da propriedade privada e da exploração econômica.

Reiterando o já esposado, é impossível extirpar a discricionariedade

⁴¹⁶ RANGEL, Paulo Castro. **Concentração, programação e Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 22.

⁴¹⁷ No que tange a esta supremacia do interesses público na esfera ambiental, que deve ser aplicada de forma cuidadosa, Édis Milaré sustenta que: "sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada em um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade – a dizer, *in dubio pro ambiente*". MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais de direito do ambiente. *In Revista dos Tribunais*, vol. 756, p. 56.

e subjetivismo que engloba o ato interpretativo e aplicativo de normas, especialmente no que tange a conceitos abertos, como as cláusulas gerais da função social e socioambiental do contrato, desta forma, o presente estudo almeja, não de forma exaustiva, auxiliar na interpretação e aplicação da função socioambiental do contrato junto à sociedade, auxiliando, ainda que de forma simplória e minoritária na construção do Estado Ambiental.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a relevância do meio ambiente para a humanidade e dada a necessidade de manutenção da vida dos seres vivos e de sua qualidade, com a crise ambiental, o mundo foi compelido a buscar pelo desenvolvimento sustentável, que foi desencadeado pelas primeiras manifestações mundiais neste sentido, que perduram até os tempos atuais.

O modelo econômico mundial e os elevados padrões de consumo inegavelmente geraram desequilíbrios ambientais, tendo o desenvolvimento sustentável a árdua missão de harmonizar o crescimento econômico com a capacidade dos recursos naturais, de forma a garantir a sustentabilidade, atendendo as necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem as suas.

Tendo em vista esta problemática, a Constituição Federal tratou da questão de forma detalhada, atribuindo ao meio ambiente natureza de direito difuso, de nítido interesse público, sobretudo porque essencialmente ligado ao direito à vida, ademais, a Carta Magna adentrou o caminho de construção de um Estado Ambiental, dividindo o dever de proteção ambiental com a sociedade, bem como elenecou invocou esta tutela dentro dos parâmetros obrigatórios de observância pela ordem econômica, intervindo nas relações negociais dos particulares, que em regra se concretizam por intermédio dos contratos.

Tendo em vista a alteração das necessidades sociais, a Teoria Contratual Clássica, privilegiadora do *pacta sunt servada* e da intangibilidade contratual, deu lugar à Teoria Contemporânea do Contrato com a introdução da dignidade da pessoa humana como fundamento máximo do ordenamento jurídico, conseqüentemente ocorreu a despatrimonialização do Direito Civil, passando o contrato a ser instrumento de concepção social, considerando, além da vontade das partes, também os efeitos que o pacto causará na sociedade, passando a ser norteado pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Ou seja, o instituto contratual evoluiu, embora permaneça sendo encarado como instrumento de circulação de riquezas e realizador da vontade dos contratantes – atentando-se a questões como a igualdade substancial das partes e a boa-fé objetiva – , a Teoria Contratual Contemporânea passou a exigir que esta autonomia da vontade se amolde às necessidades sociais.

E foi desta forma que eclodiu a função social do contrato, que nada mais é do que uma forma intervencionista estatal nas relações privadas, servindo, tanto para a realização da justiça contratual entre as partes, como para a proteção dos interesses da coletividade. Por sua ampla relevância e função jurídica, a função social do contrato foi instituída sob a forma de cláusula geral, permitindo ao intérprete aplicador da norma ao caso concreto, a incorporação de valores, princípios e diretrizes necessárias àquela situação, ajustando-se à realidade e indo solução mais justa e equitativa para cada caso.

Neste sentido, conclui-se que a função social do contrato funciona como razão e legitimação da liberdade de contratação, vez que não obsta a autonomia da vontade dos contratantes, apenas sujeita seu conteúdo à análise do ordenamento jurídico, de forma a garantir que a sociedade não sofra qualquer reflexo negativo em decorrência do contrato firmado, concretizando os valores da dignidade humana e da justiça social.

Foi da cláusula geral da função social do contrato que defluiu a função socioambiental dos contratos, que consiste na satisfação dos interesses dos contratantes em conformidade com os interesses ambientais da coletividade, utilizando-se de princípios constitucionais e ambientais como base para a composição do instituto contratual.

Desta forma, um contrato, mesmo que celebrado dentro de suas condições de validade, não pode gerar reflexos negativos na sociedade, o que ocorrente, desperta sua necessidade de contestação, ainda que inexistente lesão específica a dispositivo de lei ambiental, o que pode se dar através dos mecanismos citados no estudo: Inquérito Civil, Termo de Ajustamento de Conduta, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular Ambiental e Mandado de Injunção Ambiental, buscando esses institutos, sem qualquer ressalva, impedir que o dano ambiental ocorra, e quando da existência deste, que sua reparação seja integral e apenas em último caso que haja indenização pecuniária, haja vista que o interesse maior é sempre o da preservação ambiental.

Tratando-se a função social e a função socioambiental do contrato de cláusulas abertas, sendo a última verdadeiro instrumento para o alcance do desenvolvimento sustentável, buscou-se através do presente estudo sugerir parâmetros hermenêuticos para suas interpretações dentro do contrato, com o escopo de garantir a segurança jurídica, exposta ao subjetivismo do julgador,

voltados à observância suprema da Constituição Federal, à preservação dos interesses dos contratantes, sem descuidar da tutela ao meio ambiente.

Em síntese, o presente estudo busca, não de forma exaustiva, auxiliar na interpretação e aplicação da função socioambiental do contrato junto à sociedade, auxiliando, ainda que de forma simplória e minoritária na construção do Estado Ambiental.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 370 f. Tese do Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor Titular em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. *In* **Revista dos Tribunais**, fascículo cível, ano 89, v. 775, São Paulo, p. 17-29, maio 2000.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Francisco. O contrato e sua função institucional. **Studia Iuridica – Colloquia**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v. 48, n. 6, p. 370-385, 1999/2000, Separata de Conferências.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2008.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; SANTOS, Karina Alves Teixeira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico e o regime jurídico ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 1. p. 165-196. 1º. quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 18 nov. 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger; MONTEIRO, Luiza Cristina Antoniossi; ZAZZETTA, Marisa Silvana. **Sustentabilidade: relação entre espaço urbano e envelhecimento ativo**. 2013. Texto gentilmente cedido pelo autor Miguel Etinger de Araújo.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômano**. III, 3, 30. Coleção Os Pensadores. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do Direito. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. **Questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005.

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 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 o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 750. abri. 1998.

BANCO DO BRASIL S.A. **Relatório anual do ano de 2010**. Disponível em: <http://www45.bb.com.br/docs/ri/ra2010/port/ra/27.htm>. Acesso em 21 fev.2013.

BARACHO JÚNIOR, José. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, p. 10-38, 1988.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**. As estratégias de mudanças da Agenda 21. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**. Da teoria à prática. São Paulo: Saraiva. 2009.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Lucas de Abreu. A função ambiental do contrato. *In*: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo (Organização). **Questões controvertidas no novo Código Civil: no direito das obrigações e dos contratos**, v. 4. São Paulo: Método, 2005.

_____. **A função socioambiental do contrato agrário**. Disponível em: http://www.academia.edu/1596006/A_funcao_socioambiental_dos_contratos_agrarios. Acesso em 07 mai.2013.

_____. O contrato também possui função ambiental. *In*: MORRIS, Amanda Zoe (Coordenação); HIRONAKA, Giselda Novaes (Orientação). **Direito dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Hermenêutica e interpretação da Constituição. Palestra proferida no **XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo, 12 a 14 de maio de 2004.

_____. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. 3 ed. Rio de Janeiro, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. *In* LOBO, Paulo Luiz Netto (Coordenação). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife, 2003.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile: il contratto**. v. 3. Milano: Giuffrè, 1987.
BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. *In*: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro. **Hermenêutica constitucional** – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código civil de 1916 e ao novo Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização de princípio civil para a proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 49, p. 221-242, jan/mar, 2008.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodium, 2008.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. O sistema jurídico anglo-americano (common law). **Revista de Direito da OAB Minas Gerais**. 2010.

BRASIL. **Agenda 21 Brasileira**. Ações Prioritárias. Brasília: MMA/PNUD, 2002.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 1934.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 1937.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, 1988.

_____. **Declaração do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. **Decreto-Lei 4.657** de 4 de setembro de 1942, que estabeleceu a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

_____. **Emenda Constitucional n. 1**, de 17 de outubro de 1969, Brasília, 1969.

_____. **Lei 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 1916.

_____. **Lei 4.717** de 29 de junho de 1965. Brasília, 1965.

_____. **Lei 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981.

_____. **Lei 7.347** de 24 de julho de 1985. Brasília, 1985.

_____. **Lei 8.038**, de 28 de maio de 1990, Brasília, 1990.

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Brasília, 1990.

_____. **Lei 9.478**, de 06 de agosto de 1997. Brasília, 1997.

_____. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002.

_____. **Lei 12.016** de 07 de agosto de 2009. Brasília, 2009.

_____. **Sobre a Rio+20**. Disponível em:

<http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20>. Acesso em: 02 mai. 2013.

CAMBLER, Everaldo Augusto; GONÇALVES, Carlos Roberto; MAIA, Mairan. *In* ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.

_____. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARON, Antoninho. **Inovações tecnológicas nas pequenas e médias empresas industriais em tempos de globalização**: o caso do Paraná. Florianópolis, 2003. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Carlos Gomes de. Direito ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 5, n. 19, p. 201-208, jul/set 2000.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites (nota prévia). 2ª. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Primeira jornada de Direito Civil**. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 23 jan. 2013.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 23**, de 17 de setembro de 2007, Brasília.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos aos chamados direitos da personalidade. *In* FACHIN, Luiz Edson (coordenação). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

CRETELLA JR., José. **Curso de direito romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2008.

_____. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. *In* FIGUEIREDO, Guilherme José Purvi de (Organização). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. A onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. *In* FERNANDES, Wanderley (Coordenação). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DICK, Jaqueline Hamester. **Direitos fundamentais e relações contratuais privadas: delimitações da influência dos direitos fundamentais na interpretação dos contratos inter-privados**. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Santa Cruz do Sul, 2006.

DRESNER, Simon. **The principles of sustainability**. London: Earthscan, 2002.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise**. Curitiba: Juruá, 2003.

DUQUE, Bruna Lyra. A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. *In* **Panóptica**, ano 1, n. 8, p. 268-291, junho/2007.

FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *In* **Anima – Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, vol. V, Curitiba, p. 18-41, 2013. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em 21 mar. 2013.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARAH, Marta. **Gestão pública e cidadania**: iniciativas inovadoras na administração sub-nacional no Brasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – EAESP-FGV, Fundação Ford, 2001.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 50, p. 114-132, abri/jun 2008.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. **Revista de Direito Público**. v. 49-50. São Paulo. 1979.

FERRI, Luigi. La autonomia privata. *In* **Revista de derecho privado**. Madri, 1969.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Mandado de segurança coletivo ambiental e a Lei 12.016/09**. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdodoutrinaArtigosDetalhe.spx?Doutrina=1103>. Acesso em 06 mar. 2012;

_____. RODRIGUES, Marcelo Abelha e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FLORIANO, Eduardo Pangel. **Políticas de gestão ambiental**. 3. Ed. Santa Maria: UFSM-DCF, 2007. p. 33. No mesmo sentido SOUZA, Hércio. **O Grupo Banco Mundial e as estratégias de gestão ambiental global para o Brasil**. Brasília: INESC, 2001.

FLOUR, Jacques. AUBERT, Jean Luc. **Les obligations**. v. 1. 5. ed. . Paris: Armand Colin, 1977.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRANCE. **Code civil des français**. Disponível em: <<http://inmf.org/alriccode.htm>>. Acesso em 05 dez. 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**. Confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito: a tarefa da hermenêutica enquanto filosofia. *In* ALMEIDA, Custódio Luis Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg;

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: PUCRS (Coleção Filosofia, n. 117), 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: teoria geral. v. IV, tomo 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GHESTIN, Jacques. Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. *In Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 4. Ano 93. França: Sirey, p. 777-800, out/dez 1994.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. Os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2011.

GORCZEWSKI, Clóvis; RITT, Leila Eliana Hoffmann. O desenvolvimento sustentável e o meio ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração. *In* GORCZEWSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos (Coordenação). **A Concretização dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação coletiva fortalece proteção. **O Estado de São Paulo**, edição de 14 de dezembro de 1991, Caderno Justiça.

GRIZZI, Ana Luci Limonta Esteves. **Direito ambiental aplicado aos contratos**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

GUIMARÃES, Roberto Pereira. FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+20 ou Rio-20? Crônica de um fracasso anunciado. **Ambiente & sociedade**. Vol. 15, n. 3. São Paulo, p. 02-19, setembro/dezembro de 2012.

GÓMEZ, José Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. *In* NALIN, Paulo Roberto (Coordenação). **Contrato & Sociedade**. A autonomia privada na legalidade constitucional. v. 2. Curitiba: Juruá, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus**. Frankfurt Suhrkamp Erscheinungsjahr: 1973.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Trad. Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda. **Conferência de encerramento proferida em 21 de novembro de 2001, no Seminário Internacional de Direito Civil promovido pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC de Minas Gerais**. Palestra promovida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, em 25 out. 2002.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário Aurélio**. Versão eletrônica. 2013.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **If Rio+20 is to deliver, accountability must be at its heart**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/OpenLetterRio20.aspx>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

JAIME, Érick. Diálogos com a doutrina. **Entrevista concedida pelo autor à RTDC**, ano 1, n. 3., p. 217-293, julho-setembro 2000.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**. Paris: Dalloz, 1939.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. Tradução Carlos Alberto Molinaro. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Vida e dignidade da pessoa humana. *In*: MAURER, Beátrice et al. **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Organização). Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Direito ambiental**. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. *In*: CANEZIN, Claude. **Arte Jurídica**. V. II. Curitiba: Juruá, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Vol. III. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos**. Teoria geral e contratos em espécie. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa** – Secretaria de edições técnicas do Senado Federal, Brasília, v. 36, n. 141, janeiro-março, 1999.

LÓPEZ Cabana, Roberto M; ALTERINI, Atilio. **La autonomia de la voluntad em el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANCIBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Ação Popular**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCHISIO, Sergio. Il Diritto Internazionale Ambientale da Rio a Johannesburg. *In*: ACUÑA, Eduardo Roza (Coordenação). **Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 28-47.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. v. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARSILLAC, Narbal de. GONÇALVES, Roberta C. A análise Retórica, os Direitos Transindividuais e os Direitos Humanos. *In* **Revista Prima Facie**, vol. 10, 19, ano 10, João Pessoa, jul/dez, 2011, p. 104.

MARTINHO, Geraldo. **Função social do contrato na dinâmica constitucional**. Espírito Santo: Ex Libris, 2008.

MARTINS, L; MARQUES, L; BONITO, J. Da investigação à prática – uma abordagem ao tempo geológico com vista à promoção do desenvolvimento sustentável. *In*: NOGUEIRA, F; OLIVEIRA, A. L; BAPTISTA, A. V. Baptista; NOVA, D. C. Nova (Organizadores), **Desafios teóricos e metodológicos**. Aveiro: CIDTFF da Universidade de Aveiro.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *In* MONTEIRO, António Pinto (Diretor). **Estudos de direito do consumidor**: publicação do centro de Direito do Consumidor, n. 7., p. 54-89, Coimbra, 2005.

MATTIETTO, Leonardo. A Constituição e o direito civil: reflexões sobre o direito civil constitucional. *In*: **Revista de Direito Processual Civil**, n. 54, Rio de Janeiro, 2001.
MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
_____. **O Inquérito Civil**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso**. A história do movimento ambientalista. Tradução: Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. *In* **Revista Forense**, vol. 364, dezembro de 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília IDP, ano 3.

MENDES, Judas Tadeu Grassi. SILVA, Christian Luiz da. **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável**: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005.

MENEGARDO, Bárbara. O que esperar da Rio+20 e como escapar do discurso da hipocrisia ambiental. **Caros amigos**. São Paulo, n. 180, p. 10-24, março de 2012.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contracto**. Tomo I. Tradução da 3. ed. italiana. Buenos Aires: EJE, 1986.

- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência e glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
_____. Princípios fundamentais de direito do ambiente. *In* **Revista dos Tribunais**, vol. 756.
- MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, n. 56, p. 1-35, out/dez, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v. 17, n. 65, p. 19-34, julho-setembro 1993.
- MULHOLLAND, Caitilin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. *In*: MORAES, Maria Celina Bordin de (Coordenação). **Princípios de Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- MÖLLER, Ana Karina Ticianelli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental**. Londrina, 2010.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
_____. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. *In* FACHIN, Luiz Edson. (Coordenação). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY, Ana Luíza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- NOVAES, Washington. Vivemos muito além da capacidade do planeta. *In*: VALLONE, Myrian (jornalista responsável). **Criança e consumo entrevistas**. Sustentabilidade. São Paulo: Instituto Alana, ago 2011.
- NUNES, Gabriel Turiano Moraes. **Cláusulas gerais e o sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03_01_05.htm. Acesso 07 jun. 2013/06/2013.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. O estado ambiental de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, julho-setembro 2004, p. 295-308.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o Protocolo de Quioto. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p. 144-159, jan/mar 2005.

ODUM, Eugene; BARRETT, Gary. **Ecologia**. Tradução de Ricardo Iglesias Rios. Rio de Janeiro: 1988.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *In* FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. **Hermenêutica contratual no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em 21 abri. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=pt&tl=en&u=http%3A%2F%2Fwww.un-documents.net%2Fwced-ocf.htm>. Acesso em 21 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Rio+20 termina e documento final 'O futuro que queremos' é aprovado com elogios e reserva'**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20-termina-e-documento-final-o-futuro-que-queremos-e-aprovado-com-elogios-e-reservas/>. Acesso em 02 de maio de 2013.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PENTEADO, Luciano Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: USP. Tese de doutorado, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: forense, 2001.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *In* **RFD/UERJ**, n. 6 e 7, Renovar, p. 59-87, 1998/1999.

_____. **Perfis do Direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POLIDORO, José Carlos. Entrevista concedida ao Programa **Globo Ciência** em 30 jul. 2011.

PORTIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Tradução da edição francesa de 1824. Buenos Aires: Editora Heliasta, 1993.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PUGLIESE, Márcio. Hermenêutica constitucional. *In* GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro (organização). **Hermenêutica constitucional** – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

RANGEL, Paulo Castro. **Concentração, programação e Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

RATTNER, Henrique. Tecnologia e desenvolvimento sustentável: uma avaliação crítica. **Revista de Administração**. São Paulo, v. 26, n. 1, p. 5-11, janeiro-março/1991.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5 ed, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em 26 dez. 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Visão geral do Projeto do Código Civil: tramitação do projeto. *In* **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 752, junho 1998.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de. (Organização). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da saúde**. Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 2001.

RODOTÀ, Stefano. **Note intorno all'art. 544 del 'Code civil', in Scritti per il XL della morte di P. E.** Milão: Bensa, 1969.

RODRIGUES, Arlete Moysés. A utopia da sociedade sustentável. *In* **Revista Ambiente & Sociedade**. São Paulo, ano I, n. 2, 1º. Semestre de 1998.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **Contrato**. Coimbra: Almedina, 2000.

ROSEVALD, Nelson. A função social do contrato. *In Revista MPMG Jurídico Cesf*. Ano II, número 9, p. 10-20, abril/maio/junho 2007.

_____. PELUSO, Cezar (Coordenador). **Código Civil anotado**. 6 ed. São Paulo: Editora Manole, 2012.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró-sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas. *In Revista Veredas do Direito*, v. 8, n. 16, Belo Horizonte, p. 99-114, julho/dezembro 2011.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras linhas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 823, p. 67-86, maio, 2004.

_____. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**, v. 4, n. 13, p. 99-111, jan/mar, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. *In Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15-43, abril/junho, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Livre arbítrio**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório** – tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SECRETARIA ESPECIAL DE AQUICULTURA E PESCA. Recomendação disponível em: http://www.mpa.gov.br/index.php?option=com_search&searchword=seap. Acesso em 12 mar. 2013.

SETTI, Maria Estela Leite Gomes. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do direito. In: Anais do **Encontro Nacional do CONPEDI**, n. 19, Fortaleza: Fundação Boiteux, p. 416-428, 2010.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. Ação popular ambiental: primeiras abordagens. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006.

DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo (Organização). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In SARLET, Ingo Wolfgang (Organização). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo, Atlas, 2001.

SOARES, Paulo Brasil Dill; CÂMARA, Andreza Aparecida Franco. A quebra do contrato e do pré-contrato a partir da violação da boa-fé objetiva. In **Scientia iuris: Revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL**. Vol. 15, n. 2, p. 9-30, Londrina, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Revista da Universidade Federal de Santa Catarina**. Florianópolis, p. 1-15, 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Nelson Mello e. **Educação ambiental: dilemas da prática contemporânea**. Rio de Janeiro, Thex, 2000.

SPÍNOLA, Ana Luíza. Consumo sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, p. 209-216, out/dez 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 365**.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**. Do código de defesa do consumidor ao novo código civil de 2002. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista trimestrali di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, p. 320-398, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O Mandado de Segurança coletivo em cotejo com as ações coletivas constitucionais. *In* MILARÉ, Édis (Coordenação). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Realease Justilex: função social e boa-fé no domínio do contrato. **Revista Justilex**. Ano III, n. 34, p. 28-52, outubro de 2004.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: Direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THORSTENSEN, Vera. JANK, Marcos. **O Brasil e os Grandes Temas do Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2010.

TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 165, p. 21-69, 1994.

TRIGUEIRO, André. **Espiritismo e ecologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2010.

UNITED NATIONS. **Report of the Nations Conference on Environment and development**. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-3annex3.htm>. Acesso em: 18 nov. 2012.

UNITED NATIONS. **United Nations conference on sustainable development (UNCSD)**. The future we want. Disponível em:

<<http://www.uncsd2012.org/content/documents/727The%20Future%20We%20Want%2019%20June%201230pm.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-a%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Programa do Curso de Especialização em Gestão Pública Participativa**. Porto Alegre: Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS, Área de Gestão Pública, Programa de Pós-graduação lato sensu, 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Secretaria de Geologia, Minérios e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia. **Mineração e desenvolvimento sustentável em Vila Pavão**. Belo Horizonte, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. *In Revista de Direito Civil*. São Paulo, ano 12, n. 44, p. 10-16, abri/jun, 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. **O meio ambiente e a ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2000.

WALD, Arnaldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. *In DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coordenação). O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZUFFO, Max. Termo de ajustamento de conduta e sua função social. *In Atuação Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. v. 1, n. 1, set/dez 2003, p. 105-137, edição especial 2008, Florianópolis.

ANEXO

ANEXO A

Quadro que representa a denominada Coluna do Tempo Geológico⁴¹⁸.

| Eon | Era | Período | Início-fim (milhões de anos) | |
|-------------------|---------------|-----------------|------------------------------|------------|
| FANEROZÓICO | Cenozoico | Neogeno | 23.0 - | |
| | | Paleogeno | 65.5 - 23.0 | |
| | Mesozoico | Cretáceo | 146 - 65.5 | |
| | | Jurássico | 200 - 146 | |
| | | Triássico | 251 - 200 | |
| | Paleozóico | Permiano | 299 - 251 | |
| | | Carbonífero | 359 - 299 | |
| | | Devoniano | 416 - 359 | |
| | | Siluriano | 444 - 416 | |
| | | Ordoviciano | 488 - 444 | |
| | | | Cambriano | 542 - 488 |
| | PROTEROZÓICO | Neoproterozóico | | 1000 - 542 |
| Mesoproterozóico | | 1600 - 1000 | | |
| Paleoproterozoico | | 2500 - 1600 | | |
| ARQUEANO | Neoarqueano | | 2800 - 2500 | |
| | Mesoarqueano | | 3200 - 2800 | |
| | Paleoarqueano | | 3800 - 3200 | |
| HADEANO | | | - 3800 | |

⁴¹⁸ Universidade Federal de Minas Gerais. Secretaria de Geologia, Minérios e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia. **Mineração e desenvolvimento sustentável em Vila Pavão**. Belo Horizonte, 2008. p. 18.