

A proteção do meio ambiente como
dever de solidariedade correlata
à função social dos contratos

*The protection of the environment as solidarity
obligation relates to the social function of contracts*

Bruno Ferraz Hazan*
Luciana Costa Poli**

Resumo: O trabalho busca fazer uma releitura do contrato e procura traçar um perfil funcional e promocional do instituto, em busca de um desenho contratual que exprima a principiologia constitucional. O estudo procurará demonstrar que o contrato não cabe mais em uma moldura individualista que procura a satisfação apenas de interesses das partes. O modelo contratual que se propõe é aquele em que está presente também a preocupação com uma finalidade solidarista que orienta o ordenamento constitucional. Nesse contexto, será examinada a dinamicidade da relação contratual que a conecta diretamente à sociedade e ao meio ambiente. Dessa forma, defende-se a ideia de que o contrato é um instrumento que deve espelhar os ideais solidaristas da ordem constitucional e que deve colaborar para o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Contrato. Desenvolvimento sustentável. Função social. Meio ambiente. Princípio da solidariedade.

Abstract: The work is a reinterpretation of contract and seeks to draw a functional and promotional profile of the institute, seeking a design that expresses the constitutional principles. The study will seek to demonstrate that the contract no longer fits into an individualistic frame who seeks only the satisfaction of

* Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG).

** Pós-Doutoranda pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) (Bolsista Capes/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (Fumec). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG).

interests of the parties. The proposed model is one in which also contains the concern with a solidaristic purpose that guides the constitutional system. In this context, will be examined the dynamics of the contractual relationship that connects directly to society and to the environment. Thus, it defends the idea that the contract is an instrument that should reflect the solidaristic ideals of the constitutional order and that should collaborate for the sustainable development.

Keywords: Contract. Environment. Principle of solidarity. Social function. Sustainable development.

Introdução

O trabalho se propõe a analisar o papel funcional que o contrato pode desempenhar na sociedade. Pretende-se demonstrar que o contrato, hoje, é um instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou das necessidades individuais das partes, mas direcionado também à produção de efeitos externos às partes contratantes.

Partindo de uma visão histórica, que perpassa pelo modelo contratual que adentrou no movimento oitocentista de codificação por meio da ideologia burguesa, que apregoava a não intervenção do Estado e elevava a manifestação da vontade dos contratantes ao caráter de dogma, passa-se a analisar o contrato sob sua feição atual, há que estabelece novos parâmetros para a contratação.

Nesse contexto, a funcionalização do contrato é visível com a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 que, claramente, tiveram inspiração nos valores e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Da autonomia da vontade, marca do Estado Liberal, passa-se ao conceito de autonomia privada. A liberdade de contratar sofre limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. O contrato agora é palco para que os atores individuais atuem em prol de interesses outros que não meramente alcançar a finalidade econômica do contrato.

A função social, segundo a concepção que se apresentará, preconiza, sobretudo, que as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também porque interessa à sociedade a tutela das situações jurídicas geradas com a contratação.

A liberdade contratual, na acepção atual, passa a ser compreendida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar

com a coletividade em que está inserido e de perseguir, não apenas seus próprios interesses, mas, ainda, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se inter-relacionam com o contrato de alguma forma ou são por ele atingidos.

A contratação, segundo a concepção que se apresentará, acompanha todo o processo econômico e dele não se desvincula, exercendo uma influência direta no meio ambiente, seja no natural, seja no artificial.

Assim, procurar-se-á demonstrar que o entrelaçamento entre desenvolvimento sustentável e fenômeno contratual é estreito: o contrato há de revelar-se como instrumento eficaz a fomentar relações saudáveis e úteis entre indivíduo e meio ambiente.

1 O contrato contemporâneo: uma visão funcional

A teoria contratual atual sustenta que o contrato é uma

relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiro.¹

A conformação do contrato contemporâneo em muito difere do modelo contratual romano, marcado pelo rigor formal, pela observância de ritos específicos a cada tipo contratual,² por sua visão estática e por sua função essencialmente econômica.

¹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2. ed. rev. e atual., 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2007. p. 253.

² “Não bastava o enunciado da lei. Tornava-se preciso também um conjunto de sinais exteriores, como que ritos de uma cerimônia religiosa, chamada contrato, ou processo judicial. Por esse motivo, para haver qualquer venda, deviam usar um pedaço de cobre e a balança; para comprar algum objeto, era necessário tocá-lo com a mão, *mancipatio*; quando se disputava qualquer propriedade, tratava-se de um combate fictício, *manuun consertio*.” (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: M. Fontes, 1995. p. 74).

O contrato hoje é instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou das necessidades individuais das partes, mas se direciona também à produção de efeitos externos às partes contratantes.

Atenua-se, conseqüentemente, o Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos, princípio clássico, cultuado no Estado Liberal, que pregava que o contrato só interessava aos próprios contratantes. Não se considerava, nesse contexto, a extensão dos efeitos do contrato à sociedade. Se o Estado Liberal, não intervencionista, não se preocupava em materializar o equilíbrio contratual entre as partes, bastando a observância da Justiça formal, sequer voltava os olhos aos possíveis nefastos efeitos que a contratação poderia exercer em seu entorno.

Nessa perspectiva, o contrato, exaltado por Roppo³ como a “mola propulsora do capitalismo”, assume novas funções ao lado da tradicional função econômica. Fala-se em função pedagógica, o contrato como meio de aproximação do cidadão comum com o ordenamento jurídico, já que a contratação desperta (ou deveria despertar) a curiosidade ou mesmo a necessidade de consulta à legislação pertinente. O contrato educa, ensina e civiliza o homem.⁴ Formando a tríade, há a *função social*, tema de acalorados debates, dada a sua enorme relevância, repercussão e miríade de nuances a ser analisada no capítulo seguinte.

O contrato, na moldura da ideologia do Estado Liberal, era palco de uma pretensa liberdade *ilimitada* das partes para autogerirem seus interesses privados. Cunhou-se o Princípio da Autonomia da Vontade como o “poder ou a possibilidade de o indivíduo produzir direito que, no campo contratual, corresponde à chamada *liberdade contratual*”.⁵

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 32.

⁴ FIÚZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 315.

⁵ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do Direito Contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

Consequentemente, a liberdade de contratar passou a ser conjugada com a obrigatoriedade contratual. Quem contrata, contrata porque quer, estabelece as próprias regras (o contrato faz lei entre as partes) e, por conseguinte, obriga-se ao seu cumprimento. Daí a máxima *pacta sunt servanda*.

Encobre-se o contrato (nessa época) de inviolabilidade, seja perante o Estado, seja perante a sociedade. Cria-se, assim, um vínculo negocial dotado de legitimidade e verdadeira normatividade entre as partes, demonstrando a hegemonia da ética individualista, dominante no ambiente impulsionado pela burguesia,⁶ que via no contrato o meio para propagar a aquisição de bens. O ideário liberal concentrado em suas metas não intervencionistas proclama: “Quem diz contratual diz justo”.⁷

Nesse contexto, o contrato está a salvo de qualquer intervenção, já que o direito reduzia-se quase exclusivamente a uma função legislativa, não havendo espaço para uma atividade verdadeiramente interpretativa. Os modelos legais, a exemplo do *Code Napoléon*, deveriam ser aplicados quase automaticamente, ignorando a complexidade do tecido social. Vagava-se por uma racionalidade esmagadora de qualquer exercício dialético com a realidade existente.

O papel do magistrado, segundo a célebre expressão de Montesquieu, era apenas de *bouche de la loi*, ou seja, a aplicação da lei era meramente por subsunção àquilo que havia sido previsto pelo legislador. Nada mais deveria ser realizado pelo juiz, além do que a indicação da lei, tudo em prol da segurança jurídica e do respeito às esferas individuais invioláveis dos particulares.

Esse é o modelo contratual que adentrou no movimento oitocentista de codificação, primeiramente na França, depois na Alemanha. Fruto da vitória política da classe burguesa, o *Code Napoléon* é o primeiro grande código da Idade Moderna, refletindo uma França pós-revolucionária, mantendo-se fiel às diretrizes desse movimento. A igualdade, a liberdade e

⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 32.

⁷ “O ideal revolucionário burguês de ‘garantir propriedade a todos’ era realizado por meio do contrato. Dessa forma, toda dogmática contratual foi concebida, naquele período, tendo como premissa a liberdade de contratar.” (MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Princípios do Direito Contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78).

a fraternidade, no campo político, se tornariam, no campo jurídico-contratual, liberdade de contratar, de escolher com quem contratar e de estipular o conteúdo do contrato. “O legislador francês do *Code Civil* concebeu o contrato como mero instrumento de aquisição e transferência da propriedade, não sendo aquele um instituto autônomo, mas servil a esta.”⁸

Décadas após a promulgação do *Code*, o Código Civil alemão de 1896 [*Bürgerliches Gesetzbuch*], inspirado ainda no pensamento liberal-burguês e baseado no estudo da escola pandectista alemã, desenvolveu uma teoria do contrato, identificando-a a uma categoria geral e abstrata: a do negócio jurídico. Segundo Amaral,

a categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial.⁹

A sistematização da teoria do negócio jurídico formou um arcabouço teórico, que enclausurou o contrato a uma categoria hermética e impermeável, a uma mera espécie do gênero negócio jurídico, impenetrável nas nuances que o contrato de fato assume. Essa visão míope do que seria o contrato não poderia prosperar, pois ignorava todos os elementos dinâmicos da relação contratual.

O contrato assim concebido, como fruto da autonomia da vontade e justiça formal, tornou-se escravizador, já que é mero instrumento de sujeição de um indivíduo sobre outro, criando uma relação de submissão, dadas as enormes discrepâncias econômicas, sociais e culturais dos contratantes. O limbo abstrato no qual o Direito permanecia era incapaz de dar concretude a qualquer pretensão equilíbrio contratual.

A deficiência desse modelo, dessa teoria negocial estruturada – científica, mas afastada da realidade –, embora tardia, manifestou-se: o

⁸ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do Direito Contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 387.

contrato não se encaixa em categorias estruturais predefinidas, é o “ocaso do negócio jurídico.”¹⁰

A constatação dessa deficiência foi sentida após a deterioração do Estado Liberal. O panorama apresentado marcou a modernidade e o século XIX imerso no contexto de ruptura com os Estados absolutos e na necessidade de afirmação do capitalismo como sistema econômico e da burguesia como classe dominante.¹¹

A Pós-Modernidade se caracteriza por uma feição intervencionista e pela positivação de regras jurídicas, principalmente por uma construção principiológica que tem a pretensão de garantir direitos sociais, econômicos e culturais, demonstrando uma alteração de foco: da igualdade formal para a igualdade substancial.¹²

Abalam-se as estruturas conceituais sobre as quais o conceito clássico de contrato assentava-se, já que o “Estado social, desde seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato”.¹³ Abrem-se novas bases para um desenho contemporâneo de contrato.

Ao contrato, como assinalado no início deste capítulo, são atribuídas outras funções, mirando não apenas as partes contratantes, mas a coletividade. Nessa perspectiva, de “figura jurídica central do capitalismo”,¹⁴ passa a sofrer alterações em sua base principiológica, que começa a lhe impor restrições e formatações que o levam a cumprir não apenas um “papel de vestimenta jurídica para as operações econômicas”,¹⁵ mas também de concretização da almejada justiça social.¹⁶ A intangibilidade da vontade individual cede ante a exigência de justiça social.¹⁷

¹⁰ FIÚZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 205.

¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 122.

¹² AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72.

¹³ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

¹⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 22.

¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

¹⁷ BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho Civil*: el contrato. Trad. de Fernando Hinestroza e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 56.

A funcionalização do contrato é visível com a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002,¹⁸ de caráter cogente que incidem na formação, no conteúdo e na realização dos contratos, fomentando “formas de intervenção legislativa sobre o regulamento contratual particularmente incisivas e a *formas de restrição da autonomia privada particularmente penetrantes*”.¹⁹

De acordo com Canaris,²⁰ a cláusula geral se caracteriza por “ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo”.

Da autonomia da vontade, marca do Estado Liberal, passa-se à autonomia privada. A liberdade de contratar sofre limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. A liberdade dos contratantes encontra-se “fundamentalmente subordinada à solidariedade social”.²¹ Aduz Neves:

Por um lado, a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, relativamente às possibilidades normativas que objectivam, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integral sistema do direito) e ao *concretum* problemático dessa realização, e que, por outro lado, o direito que legalmente se realiza é ele próprio um *continuum* constituindo em função de uma dialéctica normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais.²²

¹⁸ Em especial os arts. 421 e 422. Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 34.

²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 143.

²¹ BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho Civil: el contrato*. Trad. de Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 57.

²² NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 62. v. 3.

A intervenção do Estado no universo contratual, ou dirigismo contratual, pretende direcionar o contrato como instrumento de implementação de políticas e valores sociais almejados pelo Estado. O Direito Civil dito constitucional,²³ por conseguinte, afigura-se como “corolário de uma revolução epistemológica nucleada pela esfera *existencial* que se agregou à civilística por influência da Constituição democrática do Estado social avançado”.²⁴

2 Função social do contrato: visão geral

A atribuição de uma função social ao contrato, segundo a acepção de Reale,²⁵ demonstra claramente o caráter de socialidade do Código Civil de 2002. A função social foi erigida pelo legislador como cláusula geral, o que revela que o sistema hoje se mostra aberto. Não mais pretende o legislador que os códigos sejam o repertório quase exclusivo de todas as normas jurídicas, bastando ao magistrado apenas a aplicação literal da lei.

A cláusula geral permite a construção de uma decisão mais coerente com o caso concreto, pois permite ao julgador uma participação ativa na formulação da prestação jurisdicional, na medida em que deverá buscar erigir sua sentença preenchendo o conteúdo da norma dadas as especificidades de cada caso. A cláusula geral, por não ter conteúdo predefinido, é mais permeável às vicissitudes sociais.

Pode-se dizer que, ao trazer vantagens, a adoção das cláusulas gerais é, ao menos em parte, contrabalançada pela possível instabilidade e insegurança jurídicas que podem introduzir no ordenamento jurídico. A esse respeito, Canaris²⁶ já afirmou ser “evidente que um sistema móvel garante a segurança jurídica em menor medida do que um sistema imóvel, fortemente hierarquizado com previsões normativas firmes”, razão pela qual o desaconselha, dentre outros, no Direito Cambiário ou Sucessório,

²³ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 349.

²⁴ BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 21, v. 84, p. 155, out./dez. 2012.

²⁵ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 9, p. 13, jan./mar. 2002.

²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 143.

isto é, “nos âmbitos onde exista uma necessidade de segurança jurídica mais elevada”.

No estado atual, a segurança jurídica, com muita cautela, pode ser mitigada em prol de outros valores ou princípios, como a equidade contratual e o Princípio da Solidariedade. Dallari lembra que

entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver.²⁷

Não obstante, é inegável a alteração do “paradigma da lei” para o “paradigma do juiz”, segundo relata Azevedo:

O paradigma, até o final do século XIX, era o da lei propriamente. Os nossos pais certamente aprenderam nas faculdades de Direito que, quando há um conflito, algum problema, a solução está na lei. E essa lei era rígida, de certa maneira universal, geral, e não deveria haver distinções de grupos, pois a lei era para todos. Essa lei deveria ter uma factispecies, uma hipótese legal muito precisa, porque o papel do juiz era justamente o de aplicar a lei de uma maneira automática, silogística. Como dizia um autor antigo, “o juiz tinha um papel passivo”. Esse paradigma da lei entrou em crise no final do século XIX porque, embora tenha obtido muito sucesso em algumas circunstâncias, especialmente para o comércio jurídico, que é um paradigma da lei que dá uma segurança enorme para a população, nesse jogo dos interesses de ordem econômica e social, favorecia muito um determinado tipo de pessoa – o empreendedor, o comerciante, por exemplo – , mas não favoreceu as classes que se tornaram cada vez mais pobres. Então, houve um problema de ordem social que veio se refletir na primeira metade do século XX. Nessa primeira metade do século XX, os juristas começaram a questionar de uma certa maneira o paradigma da lei; e, então, tivemos uma série de providências que o mundo do Direito foi tomando para quebrar

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Segurança e direito: renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 26.

aquele sistema de ordenamentos precisos e rígidos. O intuito era o de dar mais poderes ao juiz. Assim, encontramos nesse período uma inflexão do paradigma da lei para o juiz, o juiz ativo. A maneira de dar poder ao juiz corresponde, com o devido respeito ao Poder Judiciário, a uma visão do Poder Judiciário como Poder, porque é o tempo do Estado todo-poderoso. É claro que nem todos os países entraram no esquema de um Estado totalitário. Mas, mesmo naqueles que mantiveram o Estado Democrático, a interferência do Estado foi muito forte e, para isso, o Estado, inclusive o juiz, como Poder, precisava de instrumentos. [...] Então, o juiz, de uma certa maneira, recebe uma delegação de poder do Legislativo para integrar a lei com os conceitos jurídicos indeterminados.²⁸

Nessa perspectiva, considerando o panorama civil constitucional, a função social do contrato deve ser compreendida tendo como parâmetros hermenêuticos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República –, da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I).

Impõe às partes o dever de perseguir não apenas seus próprios interesses, mas, ainda, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se inter-relacionam com o contrato de alguma forma ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.²⁹ O mesmo autor continua:

A função social é aqui definida textualmente como a razão da liberdade de contratar. Disto decorre poder-se afirmar que a funcionalização constitui dado essencial à situação jurídica, qualifica-a em seus aspectos nucleares, em sua natureza e disciplina. [...] Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma

²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. In: _____. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. *Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 20, p. 108, 2002.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 397.

relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social.³⁰

A norma jurídica não se limita a obrigar; também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades,³¹ ou, em outras palavras, a interferência do Estado na autonomia contratual não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para a promoção da dignidade, da solidariedade, dentre outros.

O conceito contemporâneo de contrato desafia o intérprete a compreender a função social e a questionar se exerce um papel apenas para promoção de interesses exógenos à contratação ou se a função social seria um novo requisito de validade do contrato.

3 Buscando um horizonte interpretativo para a função social dos contratos

O dispositivo do art. 421 do novo Código Civil ensejou acirrada controvérsia a respeito de sua mais correta interpretação, porque a interpretação meramente gramatical poderia ensejar a ideia de que para a validade do contrato seria necessário o cumprimento de um novo requisito,³² consistente na observância da função social. Nessa perspectiva, somente se celebrado em prol da coletividade é que seria merecedor de tutela jurídica.

Por essa concepção, a função social preconiza que as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas *porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também porque interessa à sociedade* a tutela da situação objetivamente gerada por suas consequências econômicas e sociais.

É importante frisar que a livre manifestação de vontade permanece, mesmo neste novo conceito contratual, como elemento essencial à formação do contrato. Contudo, a possibilidade de manifestação de uma vontade plena é, na prática social, cada vez mais rara,³³ e a função social

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 398.

³¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 211.

³² Esse elemento se somaria à capacidade do agente, à licitude e à determinação do objeto e à observância à forma legalmente prescrita. (Art. 104, CC).

³³ Considerando que o dirigismo contratual é a atual conformação da autonomia privada.

assume um papel promocional, que deve ser observado em todo o ciclo vital contratual e ainda na fase pós-contratual.

A liberdade contratual, na acepção atual, pode ser concebida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido. O panorama da contratação parece estar atrelado à “grande cláusula constitucional de solidariedade”.³⁴ Sustenta Costa:

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na civitas, em comunidade. O problema está no modo de entender-se a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária.³⁵

Essa acepção da função social deve ser analisada com cuidado, sob pena de estabelecer o contrato não como instrumento útil aos contratantes para satisfação de suas necessidades ou desejos, mas apenas no sentido social de utilidade para a comunidade. Assim compreendida, poderia ser legítima a vedação do contrato que não buscasse esse fim.

Esse raciocínio é equivocado porque o interesse particular não se opõe, necessariamente, ao interesse social. Essa dicotomia não mais subsiste. Indivíduo e sociedade não são opostos. O indivíduo encontra-se inserido no contexto social e dele não se desvincula:

³⁴ NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, p. 54, out./dez. 2002.

³⁵ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 211, out. 2002.

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 à inversão lógica de contrapormos 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 convivência.³⁶

O contrato é precipuamente um instrumento à disposição das partes para a satisfação de suas necessidades. Isso não afasta a concepção de que o contrato pode ser destinado à promoção do bem comum, porque o atendimento às necessidades humanas e a tutela dos interesses individuais também podem ser entendidos como uma das formas de se atender aos interesses sociais. Exigir dos contratantes um comportamento altruístico, a impor que eles procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros, é o que parece desarrazoado:

Na realidade, a perspectiva funcional do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes ancorado 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 os 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 de 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 individual.³⁷

Essa ideia aparenta ser bem razoável se pensada, por exemplo, na tutela do meio ambiente. Garantir, por intermédio de contratação, um meio

³⁶ MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 55.

³⁷ RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 305.

ambiente equilibrado não reflete apenas um interesse social, mas o interesse das próprias partes que estão inseridas nesse ambiente.

Ao buscar o sentido da norma, impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousa todo o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise meramente valorativa, pois, assim, aumenta o “perigo dos juízos irracionais, porque neste caso os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”.³⁸

4 Meio ambiente e função social dos contratos: interface necessária

A função social dos contratos rompe com o individualismo contratual que preconizava a existência de contrato em esfera individual quase íntima, portanto, intangível, e adota uma concepção de institucionalização do contrato. O contrato, além de ser um instrumento individual, é social, de harmonização das relações individuais, de promoção de princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Contratar não é simplesmente uma mera opção pessoal, mas uma imposição social no sentido de que os indivíduos são seres dotados de necessidades vitais, e o contrato é o principal meio pacífico e institucionalizado de produção, distribuição e acesso a bens. A contratação acompanha, assim, em uma sociedade civilizada, todo o processo econômico, dele não se desvincula e deve direcionar-se para uma justa, útil e sadia circulação de riquezas.³⁹

A contratação exerce ainda uma influência direta no meio ambiente, seja no natural, seja no artificial,⁴⁰ principalmente se considerada a acentuada reflexividade das práticas contratuais que são “constantemente examinadas e reformuladas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim construtivamente seu caráter”.⁴¹

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

³⁹ PODESTÀ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 48.

⁴⁰ “Opondo-se ou contrapondo-se ao elemento natural aparece o elemento artificial, aquele que não surgiu em decorrência de leis e fatores naturais, mas por processos e moldes diferentes, proveio da ação transformadora do homem. De fato, a sociedade humana conta, hoje, com os mais variados elementos, fatores e dispositivos para criar, por artifícios, inúmeros produtos e ambientes, valendo-se inevitavelmente de elementos e recursos naturais, cuja conta pesa sobre o meio ambiente.” (MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199).

⁴¹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 45.

O mundo contemporâneo, ao refletir sobre uma forma de existência verdadeiramente global,⁴² promovendo articulações intercorrentes e incessantes entre o agir local e suas consequências no globo, revela que a necessidade de proteção do meio ambiente está umbilicalmente associada ao Princípio da Solidariedade que orienta, como já assinalado, a própria contratação por intermédio da função social do contrato.

Até porque direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, inclusive das futuras gerações.⁴³ A proteção ambiental configura-se como um *munus* direito-dever de todos, o que requer solidariedade jurídica, solidariedade ética, inclusive intergeracional, pois os sujeitos encontram-se, simultaneamente, em ambos os polos da relação jurídica, ou seja, ao mesmo tempo que são sujeitos ativos, são também sujeitos passivos do mesmo direito-dever: têm direito e dever sobre o mesmo bem.⁴⁴ Os deveres correspondentes à função ambiental⁴⁵ não são exclusivamente do Poder Público, são solidarizados com a sociedade:

A solidariedade já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, tendo-se tornado um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um.⁴⁶

A leitura do ordenamento civil há de ser realizada buscando-se uma justificativa constitucional, uma dinamicidade entre as normas infraconstitucionais e os princípios e valores constitucionais, de modo que as normas de Direito Civil não seriam integradas apenas a relações interpessoais.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 27.

⁴³ WEISS, Edith Bronw. In *fairness to future generations: International Law, common patrimony, and intergenerational equity*. Tokyo: United Nations University, 1989. p. 78.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54.

⁴⁵ CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 82.

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 65, p. 28, jul./set., 1993.

O entrelaçamento entre desenvolvimento sustentável e fenômeno contratual é estreito: o contrato há de revelar-se como instrumento eficaz a fomentar relações saudáveis e úteis entre indivíduo e meio ambiente, relações que devem se estreitar principalmente se considerada a responsabilidade do homem com as gerações futuras. Como adverte Bordin,⁴⁷ o Princípio da Solidariedade entre as gerações traz a ideia de solidariedade diacrônica e solidariedade sincrônica:⁴⁸

A solidariedade diacrônica consiste na responsabilidade que a população atual tem com a população futura de não incorrer em ações irreversíveis capazes de alterar negativamente o modo de vida destas populações, em decorrência da exaustão dos recursos e do processo cumulativo de poluição. A solidariedade sincrônica corresponde à responsabilidade com a geração presente, na qual a equidade social entre as nações e dentro delas é o ponto central.⁴⁹

A ideia de solidariedade remete a uma desejável reação ética dos indivíduos com a finalidade de preservar os ecossistemas, com todas as suas formas de vida, inclusive a vida do próprio ser humano. Com efeito, o desenvolvimento econômico, intimamente conectado ao universo contratual, deve conciliar uma atitude socialmente justa e economicamente viável de exploração do ambiente, contudo, sem exaurir sua capacidade natural de se reproduzir para as gerações futuras.⁵⁰

Ao buscar essa abertura comunicacional entre a dimensão negocial que orienta as atividades econômicas dos indivíduos e seu relacionamento com o meio ambiente, pretende-se privilegiar uma atitude ética ambiental, que pressupõe a observância nas relações privadas de valores de especial

⁴⁷ BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em Direito Internacional Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-61, out. 2008.

⁴⁸ Segundo Saussure, “é sincrônico tudo quanto se relacione com o aspecto estático da nossa ciência; é diacrônico tudo que diz respeito às evoluções”. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 96).

⁴⁹ SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986. p. 47.

⁵⁰ COUTINHO, Gilson de Azeredo. *A ética ambiental na sociedade contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6062>. Acesso em: 15 fev. 2013.

fundamentalidade para uma nova organização do Direito Ambiental, a *responsabilidade*, o *cuidado* e o *respeito* ao se permitir a superação do “paradigma de dominação”,⁵¹ marcado pela forte tensão nas relações entre homem e natureza e que tem, repetidamente, orientado também o discurso no tratamento jurídico do ambiente.

Acredita-se que, privilegiando a comunicação entre o universo contratual, considerando-se o papel a ser desempenhado pela própria função social dos contratos, pode ser possível a construção de uma *nova fundamentalidade* para o discurso jurídico ambiental. Revelar-se-á uma *alteridade contratual que busque a equidade*, “equidade que, na disciplina ambiental realizada pelo texto constitucional, assume um alargamento peculiar, *espacial e temporalmente projetado*”.⁵²

Necessária para a superação da crise ecológica é a superação da ética individualista, que marcava o discurso civilístico. Há que se incorporar um pensamento discursivo que permita responsabilizar todos pelos acontecimentos ecológicos globais. A resposta à crise ecológica demanda responsabilidade solidária, centrada em princípios que ultrapassem a esfera individualista ainda tão cara ao homem contemporâneo:

A sociedade que gerou a crise ecológica não teve alteridade nem solidariedade como valores fundamentais. Tal responsabilidade coletiva é pleiteada num nível ético, que deve decorrer da junção entre as éticas da solidariedade e da alteridade – sem as quais não é possível considerar a natureza e mesmo os próprios seres humanos como outros sujeitos, mas apenas como objetos – para que seja possível compreender e buscar uma saída da crise ecológica.⁵³

Não se pode mais privilegiar a autossuficiência dos contratos como mero instrumento de satisfação dos interesses egoísticos das partes, na medida em que cresce a dimensão social das relações privadas.

⁵¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e a sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 70, abr./jun. 2001.

⁵² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e a sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 62, abr./jun. 2001.

⁵³ LIMA, André. *Zoneamento ecológico-econômico: à luz dos direitos socioambientais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 81.

É necessário perceber que as partes contratantes têm deveres que ultrapassam aqueles assumidos apenas *inter partes*, pois seu acordo não apenas não deve causar dano à sociedade, mas promovê-la. Deve-se ultrapassar a preocupação essencialmente patológica do contrato para se voltar ao seu papel promocional. Só assim, será possível uma verdadeira interface entre universo contratual e meio ambiente.

Considerações finais

O trabalho, partindo de uma visão histórica do contrato, analisou o modelo contratual do Estado Liberal, que pregava a não intervenção do Estado e elevava a manifestação da vontade dos contratantes ao caráter de dogma, e passa a estudar o contrato em sua feição contemporânea, que pretende estabelecer novos parâmetros para a contratação, com observância de valores e princípios, que ultrapassam o mero interesse das partes.

Assim, se procura demonstrar que o contrato assume papel funcional, cujo conteúdo pode ser apreendido inspirando-se na dignidade humana e no solidarismo social, situação em que incorpora um aspecto profilático ou promocional, de forma que a tutela contratual deve não apenas garantir, mas também promover esses valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. E isso não se realiza apenas limitando o exercício dos direitos contratuais, mas por meio da utilização do fenômeno contratual de maneira saudável e útil a fomentar relações de interação entre universo contratual e meio ambiente.

Defende-se que os valores e princípios inspiradores da teoria contratual atual estejam sedimentados na sociedade para que a função social não seja considerada apenas um valor vago a ser densificado pelo juiz, mas um princípio que propicie o sentimento de efetiva participação dos destinatários da norma.

A efetiva sedimentação dos valores éticos e solidários, tão caros ao constituinte, apenas se dará se o ser humano romper com o ideário individualista e com a indiferença ao ambiente em que está inserido. A partir da constatação de que o homem já não encontra vínculo forte com suas razões, nem com seus semelhantes, resta enfraquecida a significância do *outro*, esvaindo-se o sentido da própria sociedade.

A contratação há de ser vista não apenas como um processo econômico de acesso e circulação de bens, mas como um instrumento

importante de promoção da própria sociedade. Para tal, faz-se necessário o sentimento de “pertença” do indivíduo no ambiente social. A real identidade humana se dará na medida em que conseguir uma verdadeira inserção no ambiente social, quando compreender que não se dissocia do outro e que não se dissocia do meio ambiente.⁵⁴

Nesse sentido, desenvolvimento sustentável e fenômeno contratual mantêm uma relação estreita: o contrato pode e deve funcionar como instrumento útil a incrementar relações proveitosas entre indivíduo e meio ambiente, relações que devem propiciar a implementação de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, principalmente se considerada a responsabilidade do homem com as gerações futuras.

Referências

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AUGÉ, Marc. *Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*. São Paulo: Papirus, 1994.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. In: _____. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. *Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 20, p. 103-114, 2002.

⁵⁴ “A indiferença do homem em relação ao homem faz do ambiente social um ‘não lugar’, que segundo revela a falta de identidade entre os seres humanos e a total incapacidade da sociedade em se tornar um meio de consideração e respeito recíprocos.” (AUGÉ, Marc. *Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*. São Paulo: Papirus, 1994. p. 56).

BARROSO, Lucas Abreu; MORRIS, Amanda Zoé. *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 149-169, out./dez. 2012.

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho Civil: el contrato*. Trad. de Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-61, out. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

COUTINHO, Gilson de Azeredo. A ética ambiental na sociedade contemporânea. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6062>. Acesso em: 15 fev. 2013.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 211-259, out. 2002.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. de Fernando de Aguiar. São Paulo: M. Fontes, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Segurança e direito: renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

LIMA, André. *Zoneamento ecológico-econômico: à luz dos direitos socioambientais*. Curitiba: Juruá, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

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