

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

André Nicolau Heinemann Filho

Impactos das cláusulas gerais sobre o
Regime Jurídico Societário Brasileiro
Boa fé e Função Social no Contrato de Sociedade

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

André Nicolau Heinemann Filho

Impactos das cláusulas gerais sobre o
Regime Jurídico Societário Brasileiro
Boa fé e Função Social no Contrato de Sociedade

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, área Direito das Relações Sociais, sob orientação do Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

A meu pai André (*in memoriam*), à minha mãe Maria Cristina e à minha irmã Isabella,
motivos das minhas alegrias e escora nas minhas tristezas.

Ao Professor Paulo de Tarso Barbosa Duarte, também meu pai, dentro e fora das
linhas do Direito.

Agradeço a Deus, fundamento e condutor da minha existência.

Minha gratidão aos meus amigos irmãos Fabrício Peloia Del'Alamo e Daniel Blikstein, por dividirem as horas e angústias de todos os dias ao longo deste caminho.

Agradeço aos Professores Doutores Paulo Sérgio Lopes Gonçalves e Samuel Mendonça, espelhos da excelência na arte da pesquisar.

Meu agradecimento também aos componentes do escritório Barbosa Duarte e Portugal de Oliveira, meus amigos, meus colaboradores de primeira hora e detentores de ilimitada paciência.

Reverencio a Faculdade de Direito da PUC-Campinas, em especial, meus colegas docentes e aos meus alunos, minha razão única na tarefa de ensinar.

Imensamente, agradeço a meu orientador pelo seu suporte, por seus ensinamentos e por sua tolerância com as minhas ausências.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre o impacto das cláusulas gerais sobre o regime jurídico societário no direito pátrio, com ênfase para a função social e boa-fé, analisando-as a partir da opção da Constituição Federal de 1988 por um sistema semi-aberto de Direito Privado, com o conseqüente exame da estática e dinâmica daquele padrão normativo afeto aos institutos jurídicos regulamentadores dos contratos de sociedades brasileiras.

Palavras Chave: direito privado - sistema semi-aberto – cláusulas gerais – função social – boa-fé - regime jurídico societário – contrato de sociedades.

ABSTRACT

This dissertation deals with the impact of general clauses on the Company Law organization in Welfare State, with emphasis to the social function and good faith, analyzing them from the Federal Constitution of 1988 by a semi-open system of Private Law, with the consequent examination of the statics and dynamics of the standardized pattern related to legal institutes which regulate contracts Brazilian companies contracts.

Keywords: Private Law - semi-open system - general clauses – social function - good-faith – Company Law organization – partnership contracts

SUMÁRIO

Introdução.....	12
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

ELEMENTOS, CONCEITO E POSIÇÃO LÓGICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

1.1. Norma Jurídica.....	20
1.1.1. Conceito de norma jurídica.....	20
1.1.2. Parte da estática jurídica: estrutura lógica variável da norma jurídica.....	21
1.1.3. Dinâmica jurídica: validade e eficácia da norma jurídica.....	25
1.1.3.1. Validade da norma jurídica.....	25
1.1.3.2. Eficácia da norma jurídica e sua relação com a validade.....	28
1.1.3.3. Fontes dos Direito.....	29
1.2. Fatos jurídicos: Conceito e classificações.....	32
1.2.1. Negócio jurídico.....	35
1.2.1.1. Conceito.....	35
1.2.1.2. Classificação dos negócios jurídicos em unipessoais ou pluripessoais.....	36
1.2.1.3. Princípios clássicos dos contratos e a respectiva extensão aos demais negócios jurídicos.....	38
1.2.1.4. Planos lógicos dos negócios jurídicos.....	41
1.2.1.4.1. Plano da existência.....	41
1.2.1.4.2. Plano da validade.....	43
1.2.1.4.3. Plano da eficácia.....	47
1.2.1.4.3.1. Conceitos e limites.....	47
1.2.1.4.3.2. Classificações da eficácia.....	50
1.2.1.4.3.3. Limites e classificações da eficácia como ferramental de modulação dos efeitos dos negócios jurídicos.....	54

CAPÍTULO 2

NEGÓCIOS JURÍDICOS EM SISTEMAS POSSÍVEIS DE DIREITO PRIVADO

2.1. Escorço histórico de sistema de Direito Privado.....	56
2.2. Princípios fundantes de qualquer sistema de Direito Privado.....	59

2.3.	Traços internos do sistema de Direito Privado: Direito Civil e Direito Comercial.....	62
2.4.	Sistemas aberto e fechado de Direito Privado: distinção pela técnica legislativa.....	64
2.4.1.	Essência de um sistema aberto: as cláusulas gerais.....	66
2.4.1.1.	Nomenclatura e tipologia.....	66
2.4.1.2.	Estrutura normativa das cláusulas gerais.....	68
2.4.1.3.	Características das cláusulas gerais.....	69
2.4.1.4.	Funções das cláusulas gerais.....	71
2.5.	Negócios jurídicos em sistemas fechados ou abertos de Direito Privado.....	74
2.5.1.	Negócios jurídicos em sistemas fechados de Direito Privado.....	74
2.5.2.	Negócios jurídicos em sistemas abertos de Direito Privado.....	75
2.5.2.1.	Ofensa às cláusulas gerais pelos negócios jurídicos: rejeição à invalidade..	76
2.5.2.2.	Correção de ofensa às cláusulas gerais pelos negócios jurídicos: opção pela modulação da eficácia.....	79
2.6.	Vantagens e desvantagens dos sistemas jurídicos de Direito Privado fechado ou aberto.....	82

CAPÍTULO 3

SISTEMAS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

3.1.	Opção por Sistema Jurídico de Direito Privado Fechado até a Constituição Federal de 1988.....	84
3.1.1.	Indícios de fechamento do sistema.....	84
3.1.2.	Técnica legislativa com uso de normas fechadas: a confirmação de um sistema fechado.....	87
3.2.	A opção por um sistema semi-aberto do ordenamento jurídico pátrio após a Constituição Federal de 1988.....	90
3.2.1.	Paradigma Constitucional da opção: socialidade.....	90
3.2.2.	Passagem para sistema semi-aberto: relativização da codificação como indício e uso de técnica legislativa aberta.....	92
3.2.3.	Redução das dicotomias internas do sistema: aproximação do Direito Civil e Direito Comercial pela unificação das obrigações e não pela teoria da empresa.....	94
3.3.	Negócios jurídicos no Código Reale.....	97
3.3.1.	Apontamentos da existência e da validade.....	97
3.3.1.1.	Rejeição da invalidade para aplicação de cláusulas gerais nos negócios jurídicos.....	98

3.3.2. Correção de ofensa às cláusulas gerais pelos negócios jurídicos no Brasil: viabilidade da modulação da eficácia.....	100
---	-----

CAPÍTULO 4
CLÁUSULAS GERAIS APLICÁVEIS AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS SOCIETÁRIOS
NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Escorço histórico da legislação de sociedades no Brasil.....	103
4.2. Sentido finalístico das sociedades em regimes jurídicos societários: dicotomia entre contratualismo e institucionalismo.....	106
4.2.1. Sentido finalístico das sociedades no regime jurídico societário pátrio: prevalência do contratualismo sobre espasmos de institucionalismo.....	113
4.3. Base comum das sociedades brasileiras: propriedade e contrato.....	115
4.4. Sociedades simples ou empresárias: a divisão fundamental	117
4.4.1. Noções gerais da teoria da empresa.....	117
4.4.2. O melhor critério distintivo: organização complexa ou não complexa.....	122
4.5. Cláusulas Gerais aplicáveis ao regime jurídico societário brasileiro: função social e boa-fé.....	125
4.5.1. Função social da propriedade, dos contratos e da atividade econômica relacionadas às sociedades.....	125
4.5.1.1. Função social da sociedade: sublimação da função social da propriedade, dos contratos e da atividade econômica.....	128
4.5.1.1.1. Estática da cláusula geral da função social das sociedades.....	129
4.5.1.1.1.1. Função social do Direito e de seus institutos: a leitura de Niklas Luhmann.....	129
4.5.1.1.1.1.1 Sociedade/Ambiente: o dualismo, ponto de partida da teoria de Niklas Luhmann.....	129
4.5.1.1.1.1.2. Princípios das operações comunicativas da Sociedade e a autopoiesis do sistema social.....	131
4.5.1.1.1.1.3. Generalidades dos subsistemas sociais.....	133
4.5.1.1.1.1.4. Subsistemas sociais em espécie.....	135
4.5.1.1.1.1.5. Acoplamentos estruturais entre Direito e Economia.....	139
4.5.1.1.1.2. Definição da hipótese de incidência e do preceito normativo.....	142
4.5.1.1.1.3. Destinatários da cláusula geral da função social da sociedade para além de sua hipótese de incidência.....	145
4.5.1.1.2. Dinâmica da cláusula geral função social das sociedades.....	147
4.5.1.1.2.1. Posição na hierarquia das normas jurídicas.....	147

4.5.1.1.2.2. Modulação da eficácia dos negócios jurídicos.....	147
4.5.1.1.3. Mudança de paradigma do regime jurídico societário pela função social das sociedades: do contratualismo para o institucionalismo/contrato-organização.....	150
4.5.2. Cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos de sociedade.....	153
4.5.2.1. Conceitos possíveis de boa-fé.....	153
4.5.2.2. Funções da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.....	155
4.5.2.3. Posição da boa-fé dentro do regime jurídico societário.....	156
4.5.2.3.1. Boa-fé objetiva como cláusula geral aplicável às sociedades: preceito normativo, hipótese de incidência e destinatários.....	157
4.5.2.3.2. Boa-fé na dinâmica do regime jurídico societário brasileiro.....	158
Considerações Finais.....	160
Bibliografia.....	168

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por escopo avaliar o impacto das cláusulas gerais no regime jurídico societário brasileiro com ênfase para a função social e boa-fé. Para tanto, antes de abordar-se o mencionado tema, deverão ser dados alguns passos. O primeiro deles é obviamente compreender o negócio jurídico. E, para compreendê-lo, antes deve estudar-se um dos seus elementos componentes, a norma jurídica.

Interessa vê-la por viés estático, porque se pode constatar em sua estrutura lógica, composta por hipótese de incidência e preceito normativo, em que são previstas situações de fato de ocorrência possível na vida social e as conseqüências práticas que disso haverão de advir, respectivamente.

Contemplando-a nessa mesma dimensão estática, depreendem-se igualmente suas características de abstração e generalidade. Abstração, por prever situações de fato apenas hipotéticas, identificadas por determinadas características típicas, e generalidade, por dirigir-se a todas as pessoas que possam porventura envolver-se com aquelas referidas situações de fato.

De outra banda, encarando-a em seu dinamismo, virá a lume o modo como relacionam-se com outras normas jurídicas, sob os parâmetros de sua validade e de sua eficácia, na perspectiva da articulação existente entre normas jurídicas superiores e normas jurídicas inferiores, da Constituição às regras infra-legais.

Vista a norma jurídica e assentando como se formam e classificam os fatos jurídicos em geral, será possível compreender-se uma de suas espécies, o negócio jurídico.

Sendo produto da incidência de norma jurídica e repousando no poder criador da vontade de seus figurantes o diferencial que extrema o negócio jurídico dos fatos jurídicos em geral, será possível visualizar algumas de suas classificações e seus respectivos limites.

Caberá entender, outrossim, as exigências e o significado dos planos lógicos nos quais o negócio jurídico desdobra-se, como o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia, conferindo-se ênfase maior para este último.

É que no plano da eficácia radica-se a produção dos efeitos jurídicos, cuja modulação pela vontade das partes ou de terceiros externos ao negócio, será a importante questão a ser respondida mais adiante.

Coletadas estas noções mínimas acerca da norma jurídica e do negócio jurídico caberá delas lançar mão para a reflexão seguinte, sobre as possíveis formatações de sistemas de Direito Privado: a aberta e a fechada.

Conquanto estruturados ambos sobre os princípios basilares da igualdade e da liberdade, a diferença entre um ou outro desses formatos, afora

pontos acessórios, reside exatamente sobre a técnica legislativa adotada e o conseqüente tipo de norma jurídica disso resultante.

Em sistemas fechados, aplica-se técnica fechada e produzem-se normas fechadas. Em sistemas abertos, segue-se técnica aberta e obtêm-se normas abertas.

Entende-se como técnica fechada a que leva a normas que pretendem ser exaustivas, procurando identificar todas as situações de fato passíveis de verificação no mundo empírico. Ademais, define-se, desde logo, embora também em tese, quais são exatamente as conseqüências jurídicas que se irradiarão, caso aconteçam as situações narradas hipoteticamente.

Entende-se aberta a técnica legislativa que engendra norma jurídica marcada pela vagueza presente em um ou em ambos os seus elementos.

Pode se alcançar tal amplitude descritiva com o uso apenas de conceitos legais indeterminados, cujo teor será definido pelo intérprete a partir do contexto fático que cerca o fato jurídico. Constatada a incidência da norma jurídica, mediante a exegese do conceito, resta ao aplicador apenas extrair os efeitos jurídicos já ali previstos.

A vaguidade poderá estar, igualmente, em toda a norma e não apenas em um dos seus elementos. Nesta perspectiva, a hipótese de incidência delinea contornos muito amplos das situações de fato que ali estão englobadas, não preconizando de antemão qualquer conseqüência jurídica, se porventura verificada a incidência.

Ao aplicador da norma jurídica, destarte, cabe não só averiguar se a situação de fato concretamente ocorrida está dentro dos traços mínimos postos na hipótese de incidência, como também definir quais as conseqüências jurídicas que deverão ser impostas ao caso sob análise.

Interessará, do mesmo modo, apreciar com maior profundidade, posto que sem desprezo aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais, os seus tipos, sua estrutura e suas funções, tudo em razão do expressivo grau de vaguidão por elas consagrado.

Afunilando ainda mais o estudo, pretendem-se ver os reflexos da adoção da técnica aberta por meio de cláusulas gerais sobre os negócios jurídicos, vislumbrando-se os correspondentes impactos sobre o seu elemento central, a vontade, e sobre a maior ou menor rigidez dos princípios que a têm em conta, como o da autonomia da vontade, o da obrigatoriedade dos negócios e o da relatividade dos efeitos.

Mais do que isso, convirá sobremaneira estabelecer critérios para eliminar-se a referida vagueza das cláusulas gerais presentes no preceito normativo, quando alusivas ao negócio jurídico, buscando investigar se é pertinente limitar a atuação do aplicador tão só à invalidação do negócio jurídico ou se é melhor autorizá-lo a agir sobre a sua eficácia, de modo a ajustá-la para obter a melhor solução para o caso concreto.

Em outras palavras, comportará indagar se, em vez de decretar invalidade por ofensa a cláusulas gerais, poderia o aplicador da norma jurídica, dentro dos limites e com lastro nas classificações aceitas na esfera da eficácia,

reduzir, suspender ou ampliar os efeitos do negócio jurídico, em homenagem ao cumprimento do nelas estatuído.

Será deveras fundamental, ainda, estatuir igualmente meios para definir-se quem são os detentores de interesse no cumprimento das cláusulas gerais, de tal modo a estabelecer-se o rol de sujeitos de direito que simultaneamente estarão obrigados a zelar por elas e legitimados a exigir o seu cumprimento.

Dados esses primeiros, mas não poucos passos, finalmente poderá haver ataque à temática central da presente dissertação, recorrendo-se àquelas observações preliminares para cristalizar as escolhas do legislador pátrio e suas implicações quanto ao sistema de Direito Privado brasileiro e aos reflexos disto decorrentes.

Para tanto, serão assinalados os marcos temporais, anteriores e posteriores à Constituição Federal de 1988, com o propósito de averiguar se é correta a compreensão de que os sistemas jurídicos de Direito Privado estruturavam-se em formato fechado antes da aludida Carta Magna, vindo a conceber-se em formato aberto e mitigado depois dela.

Evoluindo-se em tal averiguação, será importante arrolar as alterações acontecidas de um período para o outro, na busca de indícios e elementos que confirmem ou não a mudança, tais como o recurso à codificação e o emprego de técnica legislativa aberta ou fechada.

Há de se cumular a isto a pesquisa de todos os reflexos dessa mudança de rota, caso ela venha a ser confirmada.

Em tal instante, far-se-á a captura das modificações de cunho mais amplo, como a unificação interna do sistema de Direito Privado, mediante redução de diferenças entre o direito civil e o comercial na esfera obrigacional, averiguando se tal aproximação deu-se também ou não com o advento da teoria da empresa.

Mas, evidentemente, maiores esforços terão de ser envidados para compreender-se, após a antevista modificação do Direito Privado, como foi feita a organização do regime jurídico societário, assim entendido o conjunto de normas amplas e gerais, como as leis, e restritas e particulares, como os negócios jurídicos, todas guiadas por cláusulas gerais, permissivas ou não da modulação da respectiva eficácia jurídica.

Como última etapa, enfim, quer-se fazer repercutir todas as novidades até então apuradas em um dos compartimentos do sistema de Direito Privado, o Direito Comercial, mais especificadamente em uma de suas pilastras, o regime jurídico societário e seus negócios jurídicos.

Para o êxito dessa tarefa, deverá revolver-se o sistema normativo, com a finalidade de arrolar todas as cláusulas gerais porventura aplicáveis ao regime jurídico societário, quer porque abranja todo o sistema de Direito Privado, quer porque tenha sido concebida precipuamente para tal fim específico.

Nessa perquirição, primeiramente, deverão ser entendidas as sociedades, em suas origens e em suas finalidades, buscando-se nisso um parâmetro para compreender as razões inspiradoras do regime jurídico societário ao longo do tempo, o que exigirá a exposição, sumária embora, das teorias construídas a esse respeito, as teorias contratualistas e as institucionalistas, em suas versões clássicas ou modernas.

Há razoável probabilidade de encontrar-se cláusula geral extensível a todo Direito Privado, como a alusiva à função social das instituições jurídicas, chegando-se a esta conclusão, diante de previsão constitucional direta e principiológica e de previsão infraconstitucional que afeta todos os cânones daquele sistema, como empresa ou atividade econômica, a propriedade e os contratos ou negócios jurídicos.

É possível, também, que, em face dessas cláusulas gerais, plasme-se uma cláusula geral atinente à função social da sociedade, a qual, caso encontrada no sistema, deverá ser observada com mais detalhes.

Pelo viés estático da norma jurídica, busca-se definir critérios para compreensão do exato significado e o real alcance de sua hipótese de incidência, sendo inevitável convocar o olhar amplo de sociólogo, que considere a Sociedade e seus subsistemas jurídico, econômico e político, observando sob quais premissas tais subsistemas relacionam-se.

O que se quer identificar, a partir do pensamento de Luhmann, são os critérios específicos de preenchimento do preceito normativo da função social das sociedades, procurando estabelecer-se a partir disso quem seriam os destinatários da norma em questão.

Pela ótica da dinâmica jurídica, há de se ver a posição ocupada por tal norma jurídica dentro do regime jurídico societário, definindo-se qual o efeito dela sobre as demais regras ali presentes, notadamente sobre os negócios jurídicos, com a possível modulação de efeitos.

Por derradeiro, também será contextualizada outra cláusula geral, agora circunscrita aos contratos, apurando-se o seu significado e seu raio de ação, restrito

àquela categoria de negócio jurídico ou amplo o suficiente para abarcar todos os fatos jurídicos, mesmo os não compilados como negócio jurídico.

Trata-se da boa-fé objetiva, norma jurídica que terá seu papel definido no amplo Direito Privado, bem como no regime jurídico societário, irradiando, neste contexto, a partir dos conceitos de estática e dinâmica das normas jurídicas, reflexos bastante importantes como o da customização de padrões de conduta típicos para a diversidade de categorias de interesses que gravita nas sociedades, além da customização de tais padrões dentro da própria categoria de sócios.

Esse tratamento geral e sistemático do tema, se não permitir a obtenção de parâmetros exaustivos e cabais, para equalizarem-se todos os impactos gerados pelo advento das cláusulas gerais no sistema de Direito Privado do Brasil pós-1988, ao menos haverá de ensejar a formulação de indicativos mínimos, capazes de levar alhures a novas e melhores conclusões.

CAPÍTULO 1

ELEMENTOS, CONCEITO E POSIÇÃO LÓGICA

DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

1.1. Norma jurídica

1.1.1. Conceito de norma jurídica

Afirma, sem hesitar, Tércio Sampaio Ferraz que a realidade jurídica tem por estrutura basilar norma jurídica, o que demanda avaliá-la.¹

Não são poucas as conceituações doutrinárias existentes acerca de norma jurídica. Uma das mais abrangentes sustenta ser esta categoria um modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à convivência social harmônica.²

Revelador quase que de todas as finalidades mais nobres do Direito Objetivo, como elemento essencial da vida humana em Sociedade, tal conceito bem

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Conceito de sistema no Direito*, p. 128.

² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 19.

expressa a importância da dita categoria jurídica, responsável por trazer a lume as dimensões política, normativa e sociológica dos ordenamentos jurídicos.

Entretanto, interessa neste instante uma daquelas vertentes, a dita normativa, que se esgota ao vislumbrar a norma jurídica como meio de comando ínsito ao Direito, desconectado dos valores que embasaram sua concepção quando gestadas pelo legislador e igualmente não atrelada à boa ou má adesão popular.

Advirta-se, por oportuno, não se pretender sustentar aqui a prevalência ou acerto, por exemplo, de um modelo positivista, em desprezo às demais correntes do Direito, como as sociológicas (Direito como fato social) ou aquelas ditas tridimensionais, como a defendida por Miguel Reale.³

Porém, para a boa compreensão presente e futura destas linhas, há de se focar, por ora, a dimensão normativa, pois é ao redor dela que boa parte das discussões abaixo postas irá girar.

Sob o referido prisma, a norma jurídica pode ser observada em dois contextos, o primeiro deles consubstanciado por sua estrutura lógica, como parte do que se denomina usualmente de estática jurídica, e o segundo como componente da dinâmica jurídica.

1.1.2. Parte da estática jurídica: estrutura lógica variável da norma jurídica

Norma jurídica, pela lógica formal, é uma proposição hipotética que, por isso mesmo, descreve fatos em tese, imputando-lhes, logo a seguir, também em

³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 487.

tese, certas conseqüências, caso o aludido evento, antes previsto, venha concretamente a acontecer.

Basicamente, a regra jurídica institui *in abstracto* uma ligação condicional entre uma hipótese legal e uma conseqüência jurídica.⁴

De início, destacam-se a abstração e a generalidade da norma jurídica. Ela é abstrata, porque concatena situações de fato antes que elas aconteçam concretamente, sem mencionar qualquer situação já acontecida. Igualmente, é genérica, pois envolve todas as pessoas que venham a participar daqueles fatos e não apenas alguma dessas pessoas.

Quanto aos seus elementos, a norma é composta pela hipótese de incidência e pelo preceito normativo de conteúdo variado, tudo articulado por relação de imputação.

Não se ignora que tal concepção, bastante singela, é objeto de um sem número de críticas, inclusive de juristas de inegável renome, como Hans Kelsen.⁵

O jurista concorda quanto à necessária previsão de uma hipótese de incidência e quanto à articulação dos elementos lógicos por uma relação de imputação fixada pelo homem e não de causa efeito, como nas normas das ciências naturais.

De outro lado, porém, nega serem normas jurídicas, ou ao menos dá-lhes importância menor, aquelas com preceito normativo que não seja sanção,

⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 56.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 82.

também descartando ser norma jurídica aquela não dotada de qualquer preceito normativo.⁶

A coercitividade, para Kelsen, é a fundamental característica do Direito para que se obtenha a submissão das pessoas aos comandos irradiados do dever-ser estatuído na norma jurídica. Não tê-la como obrigatória em todas as normas jurídicas estimularia muitos sujeitos a não cumprirem os comandos ali estabelecidos.⁷

Parece ser mais realista e mais conceitualmente correta a amplitude conceitual defendida por Pontes de Miranda⁸, em contrariedade ao sustentado por Hans Kelsen.

Realista, porque não se pode olvidar que normas jurídicas concessivas de direitos e deveres⁹, mas não impositivas de sanção, como aquelas garantidoras de direitos subjetivos de personalidade ou criadoras de obrigações para o Estado, são tão ou mais importantes do que as normas repressivas. Ao fazerem isto, estabelecem tais normas outros efeitos jurídicos, tão importantes quanto à sanção.¹⁰

Ademais, a título de ilustração, normas garantidoras da isonomia dos homens, sem qualquer cunho sancionador, muito mais garantem-lhes do que a norma jurídica repressora de comportamentos como o furto ou o roubo.

Real, ainda, porque muitas dessas normas jurídicas, como as que se denominam programáticas ou normas em branco, que não são sancionadoras, nem prevêm qualquer consequência jurídica como resultado de sua incidência, são de

⁶ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 52.

⁷ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 60.

⁸ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, I, p. 36.

⁹ ENGISCH, Karl. *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁰ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 33.

extrema relevância para o Direito, por visarem um de seus fins mais nobres, o propósito educativo de adequar o comportamento humano à vida em Sociedade.

Estatuir um fazer ou não fazer A ou B, mais do que proibir, permitir ou obrigar, tende a obter do homem comportamentos desejáveis à harmonia social e desestimulantes de conflitos.

De resto, é conceitualmente correta a amplitude pontiana, tendo em vista que não há de se igualarem em significado obrigatoriedade e coação.

O Direito, sem dúvida alguma, não pode deixar de ser obrigatório, já que o inverso significaria sua inutilidade para muito do que dele se espera, como a manutenção da ordem social e a da serenidade nas relações humanas. Entretanto, Direito como algo obrigatório, mas nem sempre punitivo.¹¹

Pode-se obrigar por meio das normas jurídicas, independentemente de preceito normativo existente ou inexistente, marcado ou não pela sanção, tudo em face da obrigatoriedade, mas nem sempre com objetivo sancionador.

Bastarão outros comandos vinculativos e, portanto, obrigatórios, que não correspondam a uma punição, somando-se isso os meios forçados de aplicação para que o Direito possa ser imposto.

Por todos esses fundamentos, é aceitável, repita-se, que se tenha norma jurídica como algo genérico e abstrato, composto por hipótese de incidência e preceito normativo articulado por relação de imputação, tendo ou não conteúdo sancionador, tudo compondo o que se denomina norma jurídica.

¹¹ A característica de obrigatoriedade ora apontada relaciona-se ao princípio da fatalidade da incidência, segundo o qual, concretizado o fato empírico descrito na hipótese de incidência, inexoravelmente, a norma irá incidir, exceto se isso foi afastado pela vontade das partes quando elas possam o fazer de maneira válida.

Contudo, também será norma jurídica se, de observância obrigatória, ela for dotada de hipótese de incidência tendo no preceito normativo algo diferente de sanção ou até mesmo sem que haja preceito normativo.

1.1.3. Dinâmica jurídica: validade e eficácia da norma jurídica

Embora o cientista do Direito possa realizar a análise do objeto de sua ciência por um ângulo estático, pode ele também enxergá-lo por sua dinâmica, seara mais preocupada com a inserção da norma jurídica dentro do ordenamento que ela compõe¹².

Entende-se que tal tarefa implicará conhecer o processo de produção e aplicação das normas jurídicas, sem esquecer, também nessa perspectiva, que toda a articulação interna desses fenômenos é feita por uma série de normas jurídicas, em observância à clara coerência e unidade do sistema jurídico.

Passa a ser pertinente, deste modo, avaliar alguns dos aspectos postos a partir de tal visão, notadamente os de validade e de eficácia das normas jurídicas, valendo-se também das lições de Hans Kelsen.¹³

1.1.3.1. Validade da norma jurídica

Perquirindo sobre validade, Kelsen reputa um singular desafio encontrar a resposta para a seguinte indagação: por que uma norma vale? Qual o seu fundamento de validade?¹⁴

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 21.

¹³ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 267.

Entendendo que validade é o mesmo que vigência e que é vinculativa, ou seja, que o indivíduo deve pautar-se pelo comportamento prescrito pela norma, o filósofo exclui a possibilidade de equacionar o problema posto a partir de um fato empírico, exterior ao sistema jurídico. Afinal, em razão de sua diversidade de origem, o que é (mundo do ser) não pode redundar em algo que *deva ser* (mundo jurídico).¹⁵

Destarte, conclui o pensador que a matriz de uma norma jurídica, cuja existência é intelectual, somente pode estar em uma base de idêntica natureza, e, portanto, em outra norma jurídica, estabelecendo uma relação hierárquica entre elas, de modo que uma seja superior e a outra inferior¹⁶.

Tal amarração das normas poderá acontecer dentro de um feixe formal ou de conteúdo, conforme se adote a sistemática dinâmica ou a estática.

Típico da Moral ou correto em Direito para os jus naturalistas¹⁷, o sistema estático determina que normas jurídicas são deduzidas umas das outras, em razão de vínculos de conteúdo. Já escalonamentos dinâmicos articulam normas jurídicas por elo formal único: o fato de, direta ou indiretamente, provirem de uma única autoridade produtora.

Por esta lógica, uma norma inferior amarra-se à superior ou porque foi comum a autoridade produtora de ambas ou porque quem produziu a segunda delas foi autorizado a tanto pela produtora da primeira.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 267.

¹⁵ A pergunta “por que é que o indivíduo deve se conduzir de tal forma não pode ser respondida com a simples verificação de um facto da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal facto. Do facto de algo ser não pode se seguir que algo *deve ser*; assim como do facto de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 267.

¹⁶ “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior.” KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 269.

¹⁷ Embora usando, em parte, terminologia já empregada em outro contexto, a classificação de ordenamentos jurídicos apresentada por Kelsen não tem nenhuma correlação com a sua estática jurídica avaliadora da norma jurídica em si.

Eis aqui, simultaneamente, um problema apontado e uma solução conseqüente dada por Kelsen.

Se a validade de cada norma jurídica reside em outra norma que confere legitimação a uma autoridade para editar aquela, surge como óbvia a questão de saber, quando se regressa, unidade por unidade no sistema jurídico, o que teria permitido a alguém ter lançado a norma jurídica que está acima de todas as outras?

O desate dessa controvérsia está na norma fundamental hipotética (*Grundnorm*)¹⁸.

Trata-se de algo suposto ou pressuposto pelo jurista para fechar o conjunto de normas jurídicas, um verdadeiro postulado, o primeiro comando formal para a criação de todas as outras unidades jurídicas e sem o que não se acharia o *ubi consistam*, o ponto de apoio do sistema.¹⁹ Sinteticamente, uma norma não posta, mas suposta, que, uma vez aceita, permite visualizar o sistema jurídico completo e estruturado apenas por elementos jurídicos e nada mais.²⁰

Consegue-se, feitas estas ilações, entender-se que o sistema jurídico possui uma estruturação escalonada, havendo elo que liga às normas inferiores às normas superiores, não errando quem estabelece, exemplificadamente, vínculo de validade entre um ato de execução de um negócio jurídico, com o próprio negócio jurídico, com as normas jurídicas que autorizam sua criação e assim por diante até que se encontre a norma jurídica fundamental.²¹

¹⁸ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 269.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 59.

²⁰ ULHOA COELHO, Fábio. *Para entender Kelsen*, p. 12.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 49.

1.1.3.2. Eficácia da norma jurídica e sua relação com a validade

Eficácia na teoria kelseniana não é conceito evidente. Parece dizer-se eficaz a norma que tem constância de aplicação. Logo, eficaz será aquela norma largamente aplicada pelas autoridades judiciárias competentes, sem o que perderia tal qualidade.

Essa superficialidade conceitual talvez advenha do fato de Kelsen preferir confrontar validade e eficácia ao invés de esmerar-se no aprofundamento do estudo desta última noção.

Daí duas explicações bastante recorrentes, as quais, em doutrinas diversas, surgem para iluminar o tema.

A primeira delas sugere que a validade não depende da eficácia, e estaria equivocada porque uma norma jurídica perderia a validade se estivesse totalmente desprovida de eficácia.²²

Para a segunda posição, validade e eficácia são expressões de uma realidade única e teria seu erro no fato de normas jurídicas, mesmo deixando de ser aplicadas em algumas situações ou durante um determinado lapso de tempo, permanecerem ainda assim válidas, embora episodicamente não dotadas de eficácia.²³

Não é por outra razão que Kelsen conclui que é eficaz a norma que seja aplicada, determinando que será válida não só porque emanada da autoridade

²² KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 292.

²³ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 293.

competente, mas também porque dotada de uma eficácia mínima, que se revela por uma aplicação com mínima freqüência²⁴.

De maneira coerente, Kelsen estabelece que tal raciocínio, admitido para uma norma jurídica cabe também para o conjunto delas, para o sistema jurídico.²⁵

Neste passo, um sistema jurídico que tenha a maior parte de suas normas jurídicas observada com alguma freqüência é um sistema com mínima eficácia e, pois, válido.

Do contrário, se as normas de um sistema, de maneira paulatina ou abrupta, deixam de ser observadas, o conjunto todo não será eficaz, tendo comprometida, por consequência, a sua validade²⁶.

1.1.3.3. Fontes do Direito

Hans Kelsen, ainda cuidando, dentro da ótica dinâmica do Direito, da produção das normas jurídicas, envolve-se na questão das fontes colaboradoras de tal produção.

Advirta-se, antes de adentrar na temática em tela, ser a expressão *fontes do direito* equívoca e, pois dotada de diversos significados.

²⁴ "(...) a eficácia de uma norma jurídica singular é, tal como o acto que estabelece a norma, condição de validade." KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 297.

²⁵ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 298.

²⁶ "Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes." KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 297.

Reconhece-se existir uma significação vulgar, não jurídica, a qual considera como fontes todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas e os pareceres de especialistas²⁷.

Tais possibilidades, de acordo com o cientista, não devem ser tidas como fontes de Direito positivo. Isto, porque as reais colaboradoras para a edificação de um sistema jurídico positivo são em si mesmas vinculativas, o que não se verifica com aquelas figuras, enquanto uma norma não as preveja como sendo de observância obrigatória.

Vislumbra-se duplicidade de significação para a expressão fontes do Direito, ainda quando tomada em sentido técnico e não vulgar. Admite correta a compreensão de fonte do Direito como designação do fundamento de validade de uma ordem jurídica toda, isto é, a norma fundamental, que é o ponto inicial de tudo quanto, a partir dela, compoem o sistema jurídico.

Mais usual, não obstante, e também tomada em sentido técnico, a qualificação de fonte do Direito não raras vezes é dada, exclusivamente, para a legislação e o costume. Legislação, frise-se, para sistemas denominados *civil law*, oriundos da tradição romana, e costume para sistemas denominados *common law*, ancorados nas tradições saxônicas.

Há de se ampliar, entretanto, esse rol, não para se chegar a uma verdade absoluta e sim para revelar a diversidade de pensamento, não o limitando à compreensão de Kelsen.

²⁷ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 323.

Não faltam também aqueles que buscam o fato social, em clara aceitação de correntes sociológicas do Direito, como fonte primordial e exclusiva do Direito.

Miguel Reale conclui que fato, valor e norma, associados, reiterem-se, segundo a sua teoria tridimensionalista, fazem evoluir o Direito.²⁸

Neste ponto, aliás, é importante notar que os pensamentos de Kelsen e o dos adeptos de Reale ou o dos sociólogos do Direito não conflitam em grande parte.

Kelsen, em sua teoria, reconhece a possibilidade de influências de fatos sociais ou de valores sobre as normas jurídicas. Não obstante, segundo ele, isto se verifica fora do ordenamento jurídico, ao tempo da construção da norma, algo que é extrajurídico.²⁹

De todo modo, a jurisprudência, entendida em seu sentido estrito, como as reiteradas decisões dos tribunais acerca de uma mesma situação de fato, sem dúvida colabora para o desenvolvimento do Direito.

Em sistemas baseados no costume, ela pode revelar norma jurídica consuetudinária. Em sistemas legislados, poderá influenciar o julgador em sua decisão, guiando-o para uma ou outra direção, sem, porém, o condão de revogar as normas positivadas.

Ademais, deve inserir-se como fonte do Direito toda e qualquer norma superior que colabore para uma norma inferior e a embase, seja ela uma norma

²⁸ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 487.

²⁹ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 104.

ampla, como a legislada ou a consuetudinária, seja ela uma norma individual, com baixíssimo nível de abstração, mas também reguladora de efeitos jurídicos.

Destarte, normas que envolvam uma ou mais pessoas, impondo-lhes efeitos jurídicos como vantagens e desvantagens em razão de uma relação de imputação, definindo ou não sanções nelas, podem ser consideradas fontes, o que explica terem tal qualidade também os negócios jurídicos, especialmente uma de suas espécies, o contrato.³⁰

1.2. Fatos jurídicos: Conceito e classificações

Não se equivoca quem afirma que fato jurídico é aquele fato relevante para o Direito, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas.³¹

Da mesma forma, é acertado sustentar que fato jurídico nada mais é do que o produto da incidência da norma jurídica sobre um fato acontecido no mundo empírico.

Explorando mais esta última visão, é possível dizer que a concretização do fato jurídico dá-se com a coincidência entre uma situação de fato descortinada em tese na norma jurídica, especificamente em sua hipótese de incidência, e o real acontecimento no mundo dos fatos da mesma situação, acontecimento que se denomina suporte fático.

³⁰ “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como facto produtor do Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais”. KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 351.

³¹ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 20.

Havida a incidência, compõe-se o fato jurídico, que tenderá, em princípio, a produzir os efeitos jurídicos arrolados hipoteticamente no preceito normativo da mesma norma jurídica incidente, tudo de maneira automática, visto que se trata de operação puramente intelectual.³²

Não são poucas as classificações existentes acerca dos fatos jurídicos. Duas delas importam. A primeira, mais singela, considera a existência de fatos conformes ou desconformes ao Direito, o que sugere nominá-los fatos jurídicos lícitos ou ilícitos, respectivamente.³³

A segunda das classificações, esquecendo-se do contexto dos fatos jurídicos ilícitos, utiliza como critério distintivo exatamente o cerne do respectivo suporte fático dos fatos jurídicos lícitos. E, em tal contexto e sob tal prisma, encontram-se os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos *lato sensu*.³⁴

Fatos jurídicos *stricto sensu* têm seu núcleo composto exclusivamente por fenômenos da natureza.³⁵ Atos-fatos jurídicos possuem comportamento humano em sua essência, mas abstraindo de qualquer elemento volitivo como relevante.³⁶

Em continuidade, atos jurídicos *lato sensu* possuem, em seu suporte fático, exteriorização consciente de vontade, possível apenas para seres humanos. Tal vontade destina-se a obter um resultado juridicamente relevante e não proibido pelo próprio Direito.

³² BETTI, Emílio. *Op. Cit.*, p. 24.

³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, V. I.*, p. 157.

³⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, II, p. 184.

³⁵ MIRANDA, Pontes. *Op. Cit.*, p. 188.

³⁶ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p.112.

Por sua vez, os atos jurídicos *lato sensu* subdividem-se em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

Atos jurídicos *stricto sensu*, ao trazerem no seu bojo a vontade, o fazem em um único sentido, irradiando conseqüências predeterminadas sem que não se podem alterar.

Negócios jurídicos, por seu turno, não só possuem vontade no seu elemento nuclear, como autorizam, dentro de certos limites, que haja regulação da amplitude, do surgimento, da permanência e da intensidade dos efeitos dali esperados. Por ele, o individuo regula, por si, os seus interesses na relação com os outros.³⁷

Como qualquer outro fato relevante para o Direito que decorre de sua abrangência por norma jurídica, os negócios jurídicos, postos em ambiente idealizado e só existentes por criação humana, podem ser avaliados em dois planos: existência e eficácia.

Considerando também que os negócios jurídicos inserem-se na categoria de atos jurídicos, pode-se avaliá-los também em mais um plano, o da validade.³⁸

Em face do relevo do negócio jurídico, caberá reflexão mais acurada acerca de seu conceito, de uma de suas classificações, bem como das implicações gerais e principiológicas dele dentro dos planos lógicos da existência, validade e eficácia.

³⁷ BETTI, Emílio. *Op. Cit.*, p.107.

³⁸ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 15.

1.2.1. Negócio jurídico

1.2.1.1. Conceito

Não é tarefa simples definir negócio jurídico, estando-se obrigado a escoimar qualquer influência que permeie sua formulação ao longo do tempo.

Para tanto, é de rigor que se procurem sublimar conceitos diversos, de modo a se extrair o que de comum se encontra neles, estruturando algo que possa ser blindado contra a ação da História.

E nada mais de comum pode ser constatado senão o reclamo da presença da vontade.

Característica que ainda singulariza o ser humano, o elemento anímico jamais está ausente de qualquer idéia recente ou antiga de negócio jurídico.

Rechtsgeschäft, palavra alemã designativa de negócio jurídico, consoante *Windscheid*, veio a ser uma síntese da expressão *ein Rechtliches Geschäft*, até então usada para se referir ao ato jurídico em que a vontade tinha liberdade de escolha para auto regrar-se.³⁹

Juristas atuais, igualmente, exaltam a vontade como o dado diferenciador dos negócios jurídicos. Silvio Venosa é um deles, ao afirmar que há negócio jurídico, quando exista manifestação de vontade que procure produzir determinado efeito jurídico.⁴⁰

³⁹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 142.

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral*, p. 369.

Embora não com o mesmo nível de adesão, mas, ainda sim, sendo algo corrente, a vontade não deve apenas ser externada. Ela deve ser externada de maneira séria, livre e consciente.⁴¹

Descartam-se, assim, manifestações de vontade feitas *jocandi animo* ou *demonstrandi gratia* ou com a liberdade de expressão comprometida por violência física, excluindo-se ainda manifestações levadas a cabo sem se ter a consciência de sua ocorrência.

Ademais, a manifestação de vontade, afora tais requisitos, igualmente deve ser querida, o que se denomina intuito negocial.

Logo, é viável conceituar o negócio jurídico, sem carecer de precisão, como o fato jurídico que possui como suporte fático manifestação de vontade, séria, consciente, livre e querida.

Em suma, a **manifestação de vontade** cumulada com a **vontade da manifestação**.⁴²

1.2.1.2. Classificação dos negócios jurídicos em unipessoais ou pluripessoais

Os negócios jurídicos, por sua vez, podem ser divididos em unipessoais ou pluripessoais. O negócio jurídico pode existir, na conformidade da norma jurídica que o tenha previsto, com a manifestação de vontade de uma só pessoa (negócio jurídico unipessoal) ou com a manifestação de vontade de mais do que uma pessoa (negócio jurídico pluripessoal).

⁴¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, III, p. 7.

⁴² MIRANDA, Pontes. *Ibid.*, p. 416.

A manifestação de vontade, que compõe o negócio jurídico, persegue a satisfação de algum interesse do manifestante; nada impede, pois, e em certas circunstâncias será isto até mesmo imprescindível, que diferentes pessoas exteriorizem, num só ensejo, a sua vontade, praticando o mesmo negócio jurídico.

Nos negócios jurídicos pluripessoais, a direção e o sentido dos interesses em causa dão o critério para a sua classificação em negócios jurídicos unilaterais, negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais.⁴³

Lado, ou parte, é expressão que designa o ponto de que se irradiam interesses coincidentes, com a mesma direção e o mesmo sentido. Em negócios jurídicos pluripessoais, figuram no mesmo lado as pessoas, que buscam, em conjunto, atingir objetivo, que qualquer delas poderia, em tese, isoladamente alcançar.

Assim, no negócio jurídico unilateral, há uma só parte, um só lado, mesmo quando sejam várias as pessoas, que nele figuram (v.g., instituição de fundação).

No negócio jurídico bilateral, há duas partes e apenas duas partes, qualquer que seja o número dos figurantes. Os interesses de cada uma das partes têm a mesma direção, mas sentidos diversos; são interesses divergentes, ou contrapostos, que somente podem satisfazer-se com reciprocidade, após conciliação.

No negócio jurídico plurilateral, há duas ou mais partes, tantos quantos forem os respectivos figurantes; cada manifestante situa-se, sozinho, num dos lados. O interesse de cada parte tem sentido idêntico ao interesse da outra ou das outras

⁴³ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, V. II, p. 194.

partes; suas direções, contudo, são diferentes; são interesses convergentes, ou justapostos, somente suscetíveis de satisfação conjugadamente, mediante cooperação.

De todo modo, em negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, o acordo de vontades, estando presente como elemento comum, permite sintetizá-los em uma única espécie denominada contratos.

Esta espécie de negócio jurídico, importante que se destaque, para muitos, está circunscrita a acordos de vontades entre duas ou mais partes dotados de repercussão patrimonial, o que ao mesmo tempo lança-o na esfera das obrigações e o exclui de outros ramos do direito privado nos quais não se lida com objetos economicamente avaliáveis.⁴⁴

Contudo, não se mostra útil aqui aprofundar a mencionada controvérsia, na medida em que ela deixa claro ao menos pertencer à categoria de contratos qualquer acordo de vontades com repercussões patrimoniais, acepção essa a qual sempre está presente nos negócios jurídicos societários e que daqui por diante será assimilada.

1.2.1.3. Princípios clássicos dos contratos e a respectiva extensão aos demais negócios jurídicos

Os contratos, espécie de negócio jurídico, são regidos pelos princípios clássicos da autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade dos efeitos.

⁴⁴ RODRIGUES. Silvio. *Direito Civil*, v. III, p. 10.

Também conhecida como autonomia privada, a autonomia da vontade desdobra-se em duas vertentes, quais sejam a liberdade de contratar e a liberdade contratual, vinculadas ambas à celebração do contrato.⁴⁵

A liberdade de contratar corresponde à desobrigação de qualquer sujeito de direito de celebrar negócios jurídicos, caso não queira fazê-lo. A vontade das partes na criação deste elo mínimo, portanto, é imprescindível.⁴⁶

Já a liberdade contratual equivale à possibilidade das partes estabelecerem o conteúdo do acordo que as une, fixando as regras jurídicas que o compõem, podendo fazê-lo tanto quanto às respectivas hipóteses, como tanto quanto aos efeitos jurídicos esperados.

Discute-se o fundamento desta autonomia, podendo-se aderir à visão voluntarista ou à normativista.⁴⁷

Conforme o olhar voluntarista, a autonomia da vontade está calcada no poder absoluto da vontade, que, sendo intocável, permite aos particulares a criação e definição do estofo de ilimitados negócios jurídicos.

Nos moldes da teoria normativista, a autonomia privada tem por fundamento o poder Estatal, que formula, dentro de um sistema hierarquizado, normas superiores, que, por sua vez autorizam normas inferiores, todas elas podendo irradiar direitos, deveres e sanções. O negócio jurídico, por essa visão, é norma jurídica como outra qualquer, a qual pode ser restrita ou limitada, conforme for a vontade política edificadora do sistema.

⁴⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*, p. 238.

⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, V. III., p. 16.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, *passim*.

Outro princípio fundamental dos contratos, atrelado à sua eficácia e efetividade, é o de sua força obrigatória, bem revelada pela expressão *pacta sunt servanda* ou por sua denominação como princípio da obrigatoriedade.⁴⁸ As partes têm o dever de cumpri-lo integralmente, sob pena de sofrerem as medidas judiciais necessárias para obtenção do que ali se estatuiu ou da indenização das perdas e danos resultantes do inadimplemento.

Deriva da força obrigatória dos contratos a sua intangibilidade, consistente na impossibilidade de modificar-se o seu conteúdo, quer por uma das partes, unilateralmente, quer por terceiro, dele não participante.

Como último dos princípios clássicos dos negócios jurídicos, afeto ao limite pessoal da sua eficácia, há aquele denominado relatividade dos efeitos, que deixa circunscrita a sua eficácia às partes figurantes e a mais ninguém.⁴⁹

Frise-se que esses princípios, embora capitulados para os contratos, podem ser em boa parte perfeitamente estendidos aos demais negócios jurídicos com repercussão patrimonial, respeitado o fato de que são eles, naquela sequência, espécie e gênero de um mesmo fenômeno.

A autonomia da vontade, quando encarada como a liberdade que detém o figurante para definir os respectivos efeitos jurídicos, mostra-se compatível com qualquer negócio jurídico. A força obrigatória, vinculativa das partes contratantes à manifestação de vontade, obriga também o praticante de qualquer negócio jurídico mesmo unilateral. A relatividades dos efeitos limitada nos contratos às partes contratantes, restringe-se a única parte existente em negócios jurídicos também unilaterais.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. III, p. 4.

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, V. III., p. 17.

Por derradeiro, note-se que todos os três princípios estão presentes em qualquer sistema jurídico de Direito Privado que tenha em seu bojo a regulação do negócio jurídico.

Oportuno recordar que a abordagem pretensamente neutra deste instituto afasta não só a notícia neste momento de outros princípios recentemente incorporados aos negócios jurídicos, bem como afasta a abordagem de dados históricos, jurídicos e econômicos aptos a influenciá-los, para fortalecê-los ou mitigá-los. Tais variações, entretanto, deverão ser vistas mais adiante.

1.2.1.4. Planos lógicos dos negócios jurídicos

1.2.1.4.1. Plano da existência

Silvio Rodrigues noticia que a discussão da existência de fatos jurídicos foi estimulada pela problemática da validade do matrimônio em França.⁵⁰

Vinculados ao princípio, segundo o qual não se poderia pronunciar a invalidade de qualquer fato jurídico sem que houvesse a respeito explícita previsão legal, casamentos, evidentemente espécie de ato jurídico, provocavam dificuldades.

Quando acontecidos entre pessoas do mesmo sexo, deixavam de ser proclamados nulos por ausência de cominação legal expressa, embora, segundo a ótica leiga da época, não devessem produzir qualquer efeito jurídico.

Daí iniciar-se a busca por conceito logicamente antecedente à validade, que procurasse identificar no bojo dos fatos jurídicos o que seria minimamente essencial a dar contorno à respectiva existência.

⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. *Op. Cit.*, V. VI., p. 81.

Presentes tais contornos, pode-se dizer que o fato jurídico existe ou é; caso ausentes, o fato jurídico não existe ou não é.⁵¹

Sob a compreensão analítica do fato jurídico, a existência ou inexistência do fato jurídico passa pela avaliação da incidência da norma jurídica e dos fatos sobre o qual se imagina que ela recaiu. Tais fatos concretos denominam-se suporte fático.⁵²

A norma jurídica dirá em sua hipótese de incidência qual é ou quais são os elementos essenciais (mínimos) a serem encontrados na situação de fato que ela descreve hipoteticamente.

Poderá ter-se a exigência de um único elemento essencial, o que reclamará suporte fático simples, ou demandar-se mais de um elemento essencial, quando o suporte fático será complexo. Neste último, dentre os elementos essenciais, um deles, em regra, consubstanciado por um verbo ou por um substantivo redutível a forma de verbo, será dito elemento nuclear, enquanto os demais serão qualificados como elementos completantes.⁵³

Em se encontrando no suporte fático exatamente o único ou todos os elementos mínimos, poderá dizer-se que ele é suficiente à existência do fato jurídico. Em caso negativo, o suporte fático será insuficiente.⁵⁴

Circunscrevendo a questão aos negócios jurídicos, eles têm sua existência adstrita à presença ou não da já propalada manifestação de vontade

⁵¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, I, p. 2.

⁵² MIRANDA, Pontes. *Ibid.*, p. 19.

⁵³ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p.38.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes. *Ibid.*, p. 26.

séria, livre, consciente e querida⁵⁵. Faltante isso, o que se tem é uma vaga aparência de celebração do negócio, sem que disso possa ser extraído qualquer efeito ainda que negativo ou aberrante.⁵⁶

Ela é o quanto basta e nada mais se impõe para se dizer, em tal sede, que o suporte fático é suficiente.

1.2.1.4.2. Plano da validade

Ser ou não ser plausível uma comum teoria da validade e, por conseqüência, das invalidades, que possa ser aplicada em diversos ordenamentos jurídicos, não é algo consensual entre os juristas.⁵⁷

Entretanto, tal dificuldade deriva quase sempre da impossibilidade de encontrar exata similitude entre as hipóteses sugestivas de invalidade nos mais diversos ordenamentos. No mais, especialmente quanto à invalidade dos negócios jurídicos, com pequenas nuances diferentes, muito se encontra de comum.

Um dos pontos uniformes é o uso, no Direito Privado, da invalidade para repelir ofensa a normas cogentes ou impositivas, cuja incidência não pode ser afastada pela vontade das partes. Negócios que as contrariem devem ter os seus efeitos expurgados, sempre que a norma lesada não preveja outra conseqüência para a lesão.

Idêntica solução deverá ser dada, se a norma cogente for proibitiva, mas omissa quanto às conseqüências de ofensa a si.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, III, p. 28.

⁵⁶ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, V. III, p. 18

⁵⁷ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 5.

Trata-se de invalidade, em ambas as situações, para proteger o sistema jurídico de ataques às normas infensas à vontade das partes, como um mecanismo de defesa do ordenamento.

Não se contesta, ademais, ser a validade uma dimensão lógica privativa dos fatos jurídicos lícitos centrados na subjetividade humana, o que envolve exclusivamente os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.⁵⁸ Frise-se: hipóteses e modos de comprometimento da vontade variam de sistema para sistema, mas quase todos eles acarretam a invalidade.⁵⁹

Em outras palavras, validade é bastante ligada à vontade. Este vínculo decorre da necessária investigação sobre se quem a expressou tinha condições de fazê-lo, se o fez pela forma adequada e perfeita, sem ofender a moralidade, e se o fez, almejando efeitos jurídicos possíveis.

A semelhança do plano da existência, a validade também está radicada no âmbito do suporte fático.

Não é equivocado afirmar que validade implica a apreciação dos elementos que compõem o ponto central do negócio jurídico. Entretanto, ao contrário do que se vislumbra em sede de existência, quando se reclama sempre a presença de um dado de fato, a validade, ora pede a presença, ora a ausência de elementos.⁶⁰

Não se confundindo com os elementos essenciais, condicionantes da existência, os elementos de interesse para a validade denominam-se adicionais. Estes variam entre complementares e desfalcantes.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, IV, p. 7.

⁵⁹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 12.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, IV, p. 214.

Complementares são aqueles cuja presença no suporte fático é de rigor, sob pena de invalidade do negócio jurídico. Por sua vez, os elementos desfalcantes, se ausentes, permitem-no hígido.⁶¹

Se faltante um elemento complementar ou se presente um elemento desfalcante, o suporte fático suficiente será deficiente, não se produzindo os efeitos jurídicos programados ou expondo-se à cessação os efeitos jurídicos produzidos. Acontecendo o inverso, o suporte fático será eficiente, tendendo a produzir os efeitos jurídicos dele esperados.⁶²

Importante ressaltar que a pesquisa acerca da presença do elemento desfalcante ou da ausência do elemento complementar faz-se no momento em que a vontade é exprimida, ou seja, no momento em que o negócio jurídico está ganhando existência. Daí a máxima: causas de invalidade são contemporâneas à criação do negócio jurídico e detectáveis apenas nesse momento.

Note-se, ademais, que o grau de comprometimento da vontade acaba por determinar duas modalidades de negócios jurídicos inválidos: a dos nulos e dos anuláveis, também denominadas de nulidade ou anulabilidade.⁶³

Atos nulos não produzem qualquer efeito jurídico, sendo passíveis de reconhecimento de ofício pelo julgador, enquanto que atos anuláveis somente podem como tais ser reconhecidos se a parte prejudicada o pedir expressamente. Enquanto isso não acontece, produzem-se todos os efeitos jurídicos programados, os quais poderão se tornar definitivos caso não sobrevenha a sua desconstituição

⁶¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, IV, p. 226.

⁶² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 11.

⁶³ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, V. III, p. 20.

em tempo oportuno, nem advenham expedientes eliminadores do fator contaminante.

Percebe-se que a invalidade é usada como expediente sancionador a ponto de se dizer que os atos maculados são ilícitos em razão do vício que os contamina.⁶⁴

Posta desta maneira, a invalidade, quando trazida à baila, não autoriza qualquer outra providência do aplicador da norma senão expurgar o ato jurídico do sistema com eficácia *ex-tunc*,⁶⁵ como se ele nunca tivesse existido, salvo quando existirem situações fáticas irreversíveis, para as quais se aplica a desconstituição com eficácia *ex-nunc*.

Por derradeiro, na busca do respeito à vontade das partes e na tentativa de evitar sejam os atos inválidos desconstituídos, encontra-se em sistemas jurídicos o princípio da conservação espalhado em algumas determinações.

A ratificação do negócio sem o vício contaminante admitida para negócios anuláveis⁶⁶, a conversão de um negócio jurídico nulo para outro cujo suporte fático ofereça-se desde logo suficiente e eficiente, ou a ordem de se preservarem partes não lesadas pela invalidade, todas podem ser mencionadas como evidências do dito princípio.

⁶⁴ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 43.

⁶⁵ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, V. III, p. 27.

⁶⁶ BETTI, Emílio. *Ibid.*, *id.*.

1.2.1.4.3. Plano da eficácia

1.2.1.4.3.1 Conceito e limites

Conceitualmente, o plano da eficácia é aquele no qual os fatos jurídicos irradiam os efeitos jurídicos deles esperados. Não obstante haja outras espécies (pretensões, ações, exceções, caducidades, etc.), os efeitos jurídicos mais freqüentes são três: direito subjetivo, dever jurídico e sanção.⁶⁷

Direito subjetivo equivale a uma posição de vantagem conferida a um sujeito de direito em face de um bem jurídico.⁶⁸ Dever jurídico, por sua vez, corresponde à situação de quem se acha adstrito a adotar algum comportamento em benefício de outrem, que lhe pode exigir o forçado cumprimento.⁶⁹ Já a sanção nada mais é do que a exposição do sujeito de direito a sofrer, de modo temporário ou definitivo, a privação total ou parcial de um bem jurídico seu.

Cada sujeito de direito, considerando que potencial ou concretamente tem atribuída a si particularizada gama de direitos, deveres e sanções, possui algo conseqüente da eficácia jurídica denominada esfera jurídica.

Sustenta-se que, em tal esfera, mais ampla que a noção de patrimônio, estão todos os direitos e deveres, com ou sem expressão econômica, corpóreos ou incorpóreos, de titularidade do sujeito de direito.⁷⁰

A esfera jurídica é protegida em decorrência de um princípio pouco comentado, porém de expressiva importância, qualificado como o da incolumidade

⁶⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, V, p. 10.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes. *Ibid.*, p. 225.

⁶⁹ MIRANDA, Pontes. *Ibid.*, p. 428.

⁷⁰ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 32.

das esferas jurídicas alheias; segundo esse princípio, é vedado a terceiros interferir na esfera jurídica de outrem, sem a sua aquiescência ou sem autorização legal.⁷¹

Correspondendo a um dos limites da eficácia jurídica, esse divisor pessoal consagrado na esfera jurídica posiciona-se ao lado de alguns outros fatores limitantes, como os de cunho temporal, espacial e contencioso.⁷²

Tais limites originam-se não só da natureza do próprio fato jurídico, como também da vontade dos figurantes, de expressa disposição de lei ou do âmbito de valência do próprio sistema jurídico cuja eficácia se estuda.

No que concerne à própria natureza do negócio jurídico, há alguns que são feitos para obrigatoriamente produzirem efeitos no futuro, e não de imediato, como é o caso de um testamento, que demanda, para a sua eficácia, o elemento desencadeador da morte do seu autor.

Por sua vez, a vontade dos figurantes é o mais amplo meio de regular o surgimento, as modificações e a duração da eficácia jurídica. O maior ou menor grau de interferência será estabelecido pela maior ou menor possibilidade disponibilizada pelo sistema jurídico para o auto-regramento.

Ordinariamente, o elemento volitivo admite suspender a própria irradiação dos direitos subjetivos e deveres jurídicos em perspectiva ou, ao menos, o seu exercício ou cumprimento (condição suspensiva e termo inicial, respectivamente), admitindo também a extinção desses efeitos mercê de condição resolutive ou termo final, afora outras hipóteses.

⁷¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, V, p. 71.

⁷² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 33.

Norma jurídica, outrossim, pode interferir, sem grandes dificuldades na eficácia jurídica, embora haja algum limite a isso, como o decorrente do princípio da irretroatividade da lei, consistente na vedação à ofensa ao ato jurídico perfeito (fato já concretizado quando da vinda da nova norma), ao direito adquirido (efeitos jurídicos já produzidos antes do advento da nova norma) e à coisa julgada (decisões judiciais já transitadas em julgado nessa oportunidade).

Desta feita, salvo no tocante à aludida vedação, as normas jurídicas são livres para capturarem fatos pretéritos a elas, incidindo sobre os suportes fáticos agora, como se o tivessem feito no passado, estabelecendo o surgimento, a modificação ou extinção de efeitos jurídicos desde então.

Aspectos espaciais definidores do âmbito de valência de qualquer sistema jurídico, sem dúvida, restringem a sua eficácia.⁷³ O poder político que autoriza a estruturação de um ordenamento jurídico está limitado a um território sobre o qual tem soberania. Logo, as normas jurídicas componentes deste sistema somente poderão incidir sobre este território. Apenas, de modo anômalo, captura fatos havidos em outro local.⁷⁴

A alteração dos limites temporais das normas jurídicas criadoras do fato jurídico, inatos em qualquer sistema jurídico e em cada uma das normas jurídicas nele presentes, não interfere na eficácia dos fatos jurídicos. O que importa é definir qual norma vigia à data da incidência. Uma vez existente o fato jurídico, ele goza de existência própria e descolada das normas e dos suportes fáticos criadores.⁷⁵

⁷³ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, V, p. 5.

⁷⁴ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 36.

⁷⁵ MIRANDA, Pontes. *Ibid.*, p. 5.

O expurgo da norma jurídica que o embasa, por sua revogação ou por ocorrência do seu termo certo de vigência, em nada o altera.

Em continuidade, é pertinente recordar que os fatos jurídicos como um todo têm como escopo adentrar o plano da eficácia. Entretanto, variam os caminhos. Fato jurídico *stricto sensu* e ato-fato jurídico, se e quando existentes, imediatamente adentram o plano da eficácia, ao contrário dos atos jurídicos em geral, que necessariamente passam pela existência e também pela validade, após o que chegam à eficácia.

Note-se que estar no plano da eficácia não significa necessariamente estar ou ter produzido efeitos jurídicos. Não significa, igualmente, que tais efeitos não possam desaparecer do mundo jurídico, sem deixar ali qualquer vestígio, ou pelo menos cessar a partir de um marco temporal.

1.2.1.4.3.2. Classificações da eficácia

A eficácia jurídica pode ser classificada com lastro em vários critérios.

Quanto à sua amplitude, ela pode ser total ou parcial. Será total quando todo o conteúdo programado se produziu, independentemente disso ter acontecido *in jacto* ou ao longo de um tempo. Será parcial quando todos os efeitos esperados ainda não se produziram.⁷⁶

Em relação ao exercício, a eficácia varia em plena ou limitada. Atrelada à possibilidade de exercício dos efeitos jurídicos programados, plena é a eficácia quando se pode exercê-los todos, de modo definitivo. Limitada, no entanto, o é, caso

⁷⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, V, p. 85.

não se possam exercer algum ou alguns dos direitos, poderes, faculdades, pretensões, ações e exceções atinentes aos efeitos jurídicos esperados. Note-se que ainda será limitada a eficácia, quando for viável o exercício irrestrito deles, porém, provisoriamente.

No tocante à definitividade, distingue-se a eficácia em definitiva, resolúvel e interimística.⁷⁷

Definitiva apresenta-se quando não mais passível de desaparecimento, notadamente pelo eventual advento de termo final ou condição resolutiva. Resolúvel, de outro lado, o será, caso possa ser desfeita pelo implemento de condição resolutiva ou pelo advento de termo final, previstos no próprio negócio, e não pela verificação das condições inespecíficas próprias de qualquer negócio, como a do inadimplemento contratual, expressa ou tácita.⁷⁸

Interimística será a eficácia negocial, quando o fato jurídico ingressa no sistema jurídico de maneira interina, podendo eventualmente consolidar-se ou não.⁷⁹

Quanto ao surgimento da eficácia, este pode dar-se de maneira instantânea, sucessiva ou protraída. Instantânea é a eficácia surgida em todo o seu conteúdo de uma única vez, sendo sucessiva quando os efeitos jurídicos estiverem organizados para irem aflorando ao longo de um tempo. Será protraída, quando parte dos efeitos, mas não todos eles, devam ser produzidos em um único e final momento de tempo.

Tendo por critério a sua origem, a eficácia poderá ser própria, anexa ou reflexa. Em geral, a eficácia é irradiação própria de um fato jurídico. Será anexa, por

⁷⁷ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 48.

⁷⁸ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Ibid.*, p. 48.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, V, p. 35.

seu turno, quando ao efeito jurídico de um certo fato jurídico se adiciona efeito jurídico específico, que aquele fato normalmente não tem. Reflexa o será a eficácia, quando efeitos jurídicos beneficiem terceiros não figurantes do fato em momento nenhum, sem criar-lhes, entretanto, nenhum direito subjetivo.⁸⁰

Finalmente, à luz da atuação, divide-se a eficácia em *ex-nunc*, *ex-tunc* e mista, algo de certa forma já visto nas discussões sobre validade. Tal classificação é admitida pelo fato do Direito ter escora em relação imputacional muito diferente da causalidade física típica das ciências naturais.

Neste diapasão, nada impede que se estabeleça efeito jurídico cuja produção se considere havida no passado. Essa liberdade dada, sobretudo ao legislador, de elaborar norma jurídica com tal intuito, pode ser limitada pelo princípio da irretroatividade e também por óbices lógicos e fáticos, pontos igualmente relevantes para o Direito.

Logo, será mais usual se ver, sob tal ponto de vista, a emanção de eficácia *ex-nunc*, com efeitos jurídicos se produzindo, ou após a perfeição do ato ou cessando por comando subsequente a partir deste, ambos em sincronia temporal entre a norma e o suporte fático.

Pode ser desejável ao mundo jurídico eliminar todos os efeitos, impondo-se a erradicação completa de sua existência temporal, o que externa eficácia *ex-tunc*.

Mesclar tais espécies, de todo modo, também é possível.

⁸⁰ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Ibid.*, p. 52.

Cita-se como exemplo desta mescla a revogação, que, de um lado, com a retirada do cerne fundamental do negócio jurídico, faz com que a saída do mundo jurídico se dê *ex-tunc*, o que pode não acontecer com os efeitos jurídicos, caso eles tenham se produzido faticamente de modo irreversível.⁸¹

A semelhança de qualquer outro fenômeno jurídico, os fatos de relevo para o Direito podem não alcançar sua finalidade precípua. A irradiação de efeitos, embora esperada, pode não se concretizar, o que caracteriza a ineficácia jurídica, total ou parcial, absoluta ou relativa.

Não produzir efeitos de modo total significa não haver irradiação do único efeito ou de qualquer um dos efeitos esperados. Mantêm-se total a ineficácia, ainda que efeitos outros, que não os esperados, se produzam. Caso alguns dos efeitos programados constituam-se e outros não, o que há é ineficácia parcial.

Absoluta é a ineficácia, se os efeitos que deveriam produzir-se não se produzem em relação a todos as pessoas envolvidas no fato jurídico de que se trata. Relativa é a ineficácia quando os efeitos jurídicos se produzem para parte das pessoas, mas não para todos eles.

Fatos rotulados como ineficazes, ressalte-se, poderão ser pós-eficacizados, desde que se supere o óbice que travava a produção dos efeitos. Nada impede também a deseficacização dos fatos jurídicos. A resolução *stricto sensu*, a anulação, a revogação e a rescisão, além de atacarem a existência do ato jurídico, acarretam a retirada de um, alguns ou todos os efeitos jurídicos, ordinariamente *ex-tunc*.⁸²

⁸¹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 58.

⁸² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Ibid.*, p. 56.

Prescrição e preclusão, com atuação apenas no plano da eficácia, fazem cessar os efeitos jurídicos sempre para o futuro, *ex-nunc*.

Renúncia e perdão, igualmente, são fenômenos deseficacizantes, na medida em que geram a extinção de efeitos jurídicos usuais, como direitos, deveres e sanções, dentre outros não tão usuais.⁸³

1.2.1.4.3.3. Limites e classificações da eficácia como ferramental de modulação dos efeitos dos negócios jurídicos

Como já observado em outras passagens deste trabalho, o Direito, sendo criação e consequência do espírito humano, utiliza-se de relações de imputação não afetadas ordinariamente às restrições típicas das ciências naturais. Disto redonda ampla liberdade de atuação não só para se estabelecer quais efeitos jurídicos serão atrelados aos comportamentos de interesse do Direito, como também para se estabelecer possibilidades de modificação desses efeitos após a respectiva previsão.

Respeitados os limites da eficácia detectados no próprio sistema ou postos por ele mesmo, as variações da eficácia são admissíveis em qualquer estrutura normativa dele componente, inclusive nos negócios jurídicos.

Melhor assimilando isto, os limites associados às diversas classificações possíveis da eficácia verdadeiramente correspondem a ferramentas disponibilizadas para que todos os incumbidos de algum modo de lidar com as normas jurídicas possam rever os efeitos impostos.

⁸³ BERNARDES DE MELLO. *Ibid.*, p. 67.

Atendo-se a uma espécie de norma, os negócios jurídicos, em relação a elas, seus figurantes, por óbvio, têm máximo poderio para modificar os efeitos estabelecidos.

O titular de jurisdição, com fulcro em dever de ofício, também tem mais do que interesse, obrigação de interferir na eficácia do negócio, desde que encontre, às claras ou implicitamente, autorização e ordem legal para tanto.

Resumidamente, partes e julgador têm nos limites e nas classificações de eficácia um ferramental de modulação dos efeitos jurídicos estatuídos para o negócio, devendo encontrar no sistema, por expressa ou implícita previsão, a maneira como fazê-lo.

CAPÍTULO 2

NEGÓCIOS JURÍDICOS EM SISTEMAS POSSÍVEIS DE DIREITO PRIVADO

2.1. Escorço histórico de sistema de Direito Privado

Não há qualquer controvérsia entre historiadores e juristas acerca da influência do Direito Romano sobre os ordenamentos jurídicos do Ocidente.

No entanto, inexistente uma coincidência entre a construção primária do Direito e a concepção de Direito Privado. Depois de razoável estofo dado pelos romanos ao Direito Objetivo, é que passou a fazer sentido a caracterização em comento nos idos de 451 a.C.⁸⁴

Até então, os patrícios eram os exclusivos titulares de direitos subjetivos, como o de voto, de acesso à magistratura, de comando de legiões, de contrair justas núpcias e de ocupar terras conquistadas, sem que deles os plebeus pudessem usufruir.⁸⁵

Com a elaboração da Lei de XII Tábuas, oriunda da admissão pelo Direito Romano das normas jurídicas gregas que mais ali fossem convenientes,

⁸⁴ BLUTEAU, Raphael. *Vocabulário português e latino*, v. 3, p. 237.

⁸⁵ FERRAZ, Manoel Figueiredo. *Do tribunado da plebe*, p. 32.

houve a passagem de um sistema antes consuetudinário para um sistema positivado, eliminando-se arbítrios, incertezas e subjetividades, as quais, na sua maioria, sempre eram lesivas aos plebeus e ao mesmo tempo benéficas aos patrícios.⁸⁶

Para se mensurar o ganho daí decorrente para os plebeus, estes passaram a ter a possibilidade de se tornar proprietários, ostentando um dos mais valiosos direitos subjetivos, algo antes privativo dos chefes de família patrícios.

Nesta época, parece geminar o corte do Direito nos dois grandes ramos naquilo que se qualifica como o início da diferenciação autonômica do Direito com o aprofundamento de particularidades hábeis à evolução do sistema.⁸⁷

Entretanto, para fazer cessar definitivamente o desequilíbrio de classes entre patrícios e plebeus⁸⁸, não bastou a noticiada posituação. Ao lado dela, foi imposta interpretação diferenciada da Lei das XII Tábuas, criando-se novamente sistema lastreado pelo costume, denominado *jus civile*, agora em coexistência com o direito posto.⁸⁹

Com esta igualdade ao menos relativa entre sujeitos, temas de interesse restrito acabaram ganhando repercussão dentro deste embrião do Direito Privado.

É nesta oportunidade que, partindo da família, brotam as sementes das obrigações, com discussões a respeito das lesões causadas entre membros de uma

⁸⁶ VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*, v.I, p. 35.

⁸⁷ MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *História do direito nacional*, p. 21.

⁸⁸ KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 32.

⁸⁹ BLUTEAU, Raphael. *Op. Cit.*, p. 237.

célula familiar aos animais e ao patrimônio ou à integridade física e moral de cada um deles.

Sobre essa base, assentaram-se evoluções legislativas deste rudimentar sistema de Direito Privado, como a *Lex Poetelia Papiria de nexis*, vinda em 326 ou 313 a.C, destinada a limitar a responsabilidade do *rei*, expressão à época sinônima de devedor, com o bloqueio à venda dele mesmo como escravo pelo credor para terceiros.⁹⁰

Data de tal período também a *Lex Aquilia*, construída em 286 a.C, reguladora da responsabilidade por danos perpetrados contra coisa alheia.

Tais experiências foram enriquecidas, ao longo da Monarquia Absoluta, pela exigibilidade da expressa *causa debendi*, *Lex Anastasiana* e diminuição do tipo legal de juro.⁹¹

Enveredando pela Idade Média, após a queda do Império Romano, quando houve reorganização econômico-social, o germe da especialização interna do Direito Privado começa a brotar. Paulatinamente, focaram-se pessoas praticantes de atividade de mercancia (Direito Comercial), merecedoras de tratamento jurídico diferenciado em face dos demais praticantes de atos privados (Direito Civil).

É na Idade Média, mais precisamente no início do Século V d.C, porém, que se constata a fusão de tudo o quanto se pôde elaborar em Direito na Antiguidade, na Antiguidade Greco-Romana e nas Tradições religiosas judaico-cristãs com os conhecimentos histórico-geográfico-culturais germânicos.⁹²

⁹⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*, p. 27.

⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 155.

⁹² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 160.

Na resultante desta mistura, com maior ou menor ênfase, o Direito Romano prevaleceu nos países com ordenamentos jurídicos positivados, recebendo, porém, continuamente, influências culturais com direções oscilantes e com sentidos discrepantes.⁹³

Algumas tendiam a marcar a dicotomia interna civil/comercial, outras caminhavam para relativizá-la com ventos de unificação. Uma linha destinava-se a ampliar a autonomia do indivíduo, outra pretendia diminuir seu campo de atuação, concedendo ao Estado mais poderes de interferência.

Esta é a dialética que move até hoje o sistema de jurídico de direito privado, tensionada por tais paradigmas, os quais podem ser melhores compreendidos quando estudados os seus princípios fundamentais.

2.2. Princípios fundantes de qualquer sistema de Direito Privado

Sistema é o conjunto unitário formado sob uma idéia de diferentes conhecimentos.⁹⁴ Neste passo, identifica-se em qualquer sistema dois traços típicos: ordenação e unidade.⁹⁵

Não destoia disto o sistema jurídico, o qual, harmônico com esta concepção, poderá ser qualificado como uma totalidade ordenada⁹⁶ com conexão

⁹³ MEIRA, Sílvio. *Curso de direito romano: histórias e fontes*, p. 225.

⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 12.

⁹⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 198.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 184.

interna que liga todos os institutos jurídicos e regras jurídicas numa grande unidade.⁹⁷

Qualquer sistema jurídico, destarte, possui uma base estruturante comum a todos os seus ramos, cabendo a estes, a partir disto, edificar suas peculiaridades. Aliás, identificadas tais peculiaridades, mais ou menos amplas, a partir delas são constituídos subsistemas ou sistemas parciais, cuja reunião compõe o todo.

Os dois maiores subsistemas jurídicos conhecidos resultam da clássica divisão em Direito Público e Direito Privado, distinção que para muitos é de difícil conceituação por estar permeada de ideologias.⁹⁸

Argumenta-se que o contraste está no interesse, visando o Direito Público o interesse público e o Direito Privado, o interesse privado, em clara alusão à teoria do interesse.⁹⁹

Outros pensam residir a diferença na natureza da situação jurídica.¹⁰⁰ Para eles, normas destinadas aos particulares reúnem-se no Direito Privado, enquanto normas destinadas ao Estado estão aglutinadas no Direito Público.

Terceira corrente, denominada teoria dos sujeitos, foca o sujeito Estado, vendo a diferença na qualidade em que ele atua. Atuando com poderes de autoridade, está ele navegando em Direito Público. Atuando despido de tais poderes, estará sob o manto do Direito Privado. Obviamente, havendo apenas sujeitos particulares também se estará nesta última seara.

⁹⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 198.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 380.

⁹⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*, p. 24.

¹⁰⁰ NERY, Rosa Maria Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria do direito privado*, p. 172.

Melhor do que se valer de qualquer delas, entretanto, é buscar a diferença basilar nos princípios fundantes de cada um desses subsistemas.¹⁰¹

O Direito Privado lastreia-se nos princípios da igualdade e da liberdade, enquanto o Direito Público repousa nos princípios da autoridade e da competência.¹⁰² São vários os reflexos disto. No âmbito privado, a liberdade permite aos sujeitos de direito particulares, sendo iguais e tratados como iguais, atuarem livremente em consonância com seus próprios interesses, desde que não haja norma proibitiva.¹⁰³

Assegurada esta atuação livre dos iguais, o Direito Privado atinge o escopo de evitar ou repelir a ingerência e a intromissão arbitrária estatal na esfera jurídica de cada um dos particulares.

Em caminho oposto, no Direito Público, o agir não é livre, mas, sim, vinculado. Somente pode-se agir ou abster-se, quando isto estiver expressamente delineado em norma jurídica e desde que se possua competência prévia para tanto também ostentada em norma jurídica.

Não é reflexo desta separação, no entanto, a caracterização de um dualismo visceral, a ponto de se esquecerem a origem e a base comum destes ramos e, mais, insinuar-se que quase que há neles a expressão do bem ou do mal.¹⁰⁴

Compreender que apenas o Direito Público representa a defesa do coletivo, o socialmente correto e desejável, enquanto ao Direito Privado cabe

¹⁰¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 172.

¹⁰² CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria geral do direito civil*, V. I, p. 12.

¹⁰³ ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito civil*, V. I, p. 15.

¹⁰⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 174.

sintetizar o individualismo e as pretensões egoístas do ser humano, é equivoco manifesto.

A divisão em tela é feita para melhor compreensão e desenvolvimento das peculiaridades dos subsistemas, mas nunca para sugerir, estimular ou reforçar a idéia de haver aí dois compartimentos totalmente distintos.

Ao contrário, quer-se o fomento e a sofisticação de cada uma das dimensões, para que se harmonize o desenvolvimento das aspirações sociais, sem eliminar a possibilidade do ser humano desenvolver a sua individualidade.¹⁰⁵

2.3. Traços internos do sistema de Direito Privado: Direito Civil e Direito Comercial

Observando os aspectos internos do Direito Privado, sempre baseados na igualdade e liberdade, três institutos desenvolveram-se largamente: pessoas, bens e atos.

Nos sistemas jurídicos de origem romana, com mais ou menos ênfase a uma dessas três figuras, somadas a outras, como a natureza das relações jurídicas, tais pilasras sempre estiveram presentes, colaborando para se marcar divisões internas envolvendo direito civil, comercial e do trabalho.

Sem fazer maiores aprofundamentos sobre a inserção ou não do direito do trabalho no âmbito do direito privado, o que é relevante, mas não para estas linhas, mais importa a divisão entre Direito Civil e Comercial.

A respeito disto, duas teses destacam-se.

¹⁰⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 175.

A tese monista, sugestiva da unificação, em verdade, criticando a autonomia do Direito Comercial, por não vislumbrar nele peculiaridades que a justificassem, pregava verdadeiramente a prevalência do Direito Civil e de seus institutos.

Cesare Vivante, um dos mais renomados comercialistas, de início, adepto da unificação, acabou mais à frente por sucumbir à tese dualista, segundo a qual haveria de se manter a autonomia do Direito Comercial em coexistência com o Direito Civil.¹⁰⁶

Indubitavelmente, o Direito Comercial sempre se valeu de estruturas oriundas do Direito Civil, como a conceituação de pessoas e fatos jurídicos, dentre outras, apenas variando a intensidade com que tais estruturas deveriam ser aceitas ou modificadas pelos diferenciais do Direito Comercial.

Ora centradas nos sujeitos, ora centradas no maior ou menor espectro de cobertura do Direito Comercial sobre as variadas atividades econômicas, a situação de aplicação, nos tempos modernos, do básico em Direito Civil permeado pela aplicação das peculiaridades do Direito Comercial, foi a tônica dominante.

Enquanto o Direito Comercial for detentor de peculiaridades, sem dúvida, ele manterá sua autonomia, formando, ao lado do Direito Civil, o direito privado.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Apud*, ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito civil*, V. I, p. 19.

¹⁰⁷ ULHOA COELHO, Fábio. *Ibid.*, p. 18.

2.4. Sistemas aberto e fechado de Direito Privado: distinção pela técnica legislativa

Um sistema de direito privado, respeitada as premissas da igualdade e da liberdade, poderá sofrer variações, admitindo diferentes formatos. Uma delas e que ora interessa, autoriza que se tenha sua estruturação fechada ou aberta.

Deixando de lado, sem prejuízo de averiguação posterior contexto pátrio, as razões ou valores que podem sugerir a adoção de um ou outro formato, o que os diferencia é a técnica legislativa aplicada.

Trata-se da opção pelo uso de estruturas normativas mais exaurientes ou mais vagas, limitando-se em muito ou em pouco, sobretudo, o leque de soluções a ser imposto por aquele que deve aplicá-las.

Advirta-se que o uso de códigos, para sistematização legislativa codificação, embora seja um indício, não pode ser qualificado como evidência de opção definitiva por um sistema fechado. O uso deles manifesta a clara intenção de aglutinar, em um único corpo, normas jurídicas de um mesmo sistema ou subsistema de Direito, pretendendo estabelecer ordenação e coerência a tal conjunto.¹⁰⁸ Entretanto, pode aplicar-se técnica legislativa aberta ou fechada, isso sim, sendo fundamental para definição da abertura ou do fechamento do sistema.¹⁰⁹

Em continuidade, nos sistemas fechados, as normas jurídicas procuram definir exhaustivamente os fatos de interesse do Direito, bem como se procura descrever cada um deles minuciosamente, impondo-se conseqüências claras a respeito.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. *A caminho dos microssistemas*, p. 42.

¹⁰⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da codificação*, p. 153.

Nesta linha, estruturas totalitárias possuem pouco, senão nenhum espaço para que os intérpretes e aplicadores da norma jurídica criem ou amoldem soluções. A própria norma jurídica encarrega-se de fazê-lo, estipulando em seu preceito normativo os efeitos jurídicos dali oriundos.

Estruturas abertas são marcadas pela vagueza, concedendo aos intérpretes e aplicadores da norma jurídica não só maior espaço para definição das situações de fato nelas abarcadas, como também para criação das soluções que equacionarão o caso concreto.

São dois os instrumentos legislativos pelos quais se traduz a técnica legislativa aberta: conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais.

Bem se define o conceito legal indeterminado como palavras ou expressões de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, assim postos de maneira proposital e não por deficiência legislativa. Sempre lançados na hipótese de incidência da norma, tais vocábulos terão sua significação clareada pelo julgador em sua função interpretativa, no momento de indagar acerca da sua incidência ou, não, sobre o fato empírico que a ele foi levado pelas partes.¹¹⁰

Para aplicar esses conceitos, porém, o juiz não pode se furtar de dar concreção a eles, respeitando a função pré-estabelecida na norma que os consagra. Assim, quando se aplica qualquer conceito legal indeterminado, dando-se a ele o conteúdo valorativo que a situação empírica exige, está-se fazendo dele, como realidade viva, um conceito determinado pela função.¹¹¹

¹¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, comentário 14 preliminar ao CC, p. 157.

¹¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, comentário 17, preliminar ao CC, p. 158.

A seu turno, cláusulas gerais revelam-se como normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. Isso porque compete ao julgador preencher os valores consignados nessas cláusulas, não só podendo, como devendo, impor ao caso concreto a melhor solução, segundo seu prudente arbítrio, sem que existam desates previamente fixados no texto de lei.¹¹²

Tendo-se em vista o maior impacto das cláusulas gerais na confecção de sistemas abertos, ante a vagueza dos elementos de sua hipótese de incidência e por deixarem em aberto os efeitos jurídicos aplicáveis, elas merecem ser avaliadas com mais acuidade.

2.4.1. Essência de um sistema aberto: as cláusulas gerais

2.4.1.1. Nomenclatura e tipologia

Muitas são as expressões sinônimas de cláusulas gerais.

Conceitos elásticos, conceitos válvula, hipóteses típicas abertas e órgãos respiratórios são algumas citadas por Luzatti.¹¹³ Todas elas pretendem ressaltar a abertura, flexibilidade e indeterminação deste padrão normativo.

Em sistemas articulados sob a influência anglo-saxônica, a expressão *standards ou legal standards* muito se vê.

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, comentário 18, preliminar ao CC, p. 158.

¹¹³ LUZZATI, Cláudio. *La vaguezza delle norme: un' analisi del linguaggio giuridico*, p. 309.

Em países de tradição romana, mais se encontra “cláusula geral”, como se vê na Itália, com o emprego de *clausole generali*, o que foi bem assimilado no Brasil.¹¹⁴

Revela-se a existência de três tipos de cláusulas gerais: restritivo, regulativo e extensivo.¹¹⁵

É do tipo restritivo aquela cláusula geral que imponha um limite ou restrição a certas situações para as quais, de outro lado, existam permissões concedidas pelo Direito, através das demais normas jurídicas ou dos princípios aplicáveis à espécie. O melhor exemplo desta espécie é a cláusula geral da função social dos contratos, demandando o respeito a tal função a qualquer combinação gerada a partir da autonomia da vontade.

Qualificam-se como do tipo regulativo aquelas cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, situações não previstas casuisticamente, como se dá com a regulação da responsabilidade civil por culpa.

Correspondem ao tipo extensivo aquelas cláusulas que servem para, mediante a aplicação de regras e princípios insertos em outros textos normativos, ampliar a base de regulação jurídica de uma dada situação de fato, algo muito utilizado para viabilizar o ingresso em um ordenamento jurídico de tratados e convenções internacionais.¹¹⁶

¹¹⁴ JORGE JÚNIOR, Alberto Gasson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, p. 24.

¹¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, p. 1184.

¹¹⁶ COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um sistema em construção*, p. 9.

2.4.1.2. Estrutura normativa das cláusulas gerais

Quanto à estrutura normativa componente das cláusulas gerais, algumas posições existem a respeito.

Autores de renome, como English, não vislumbram qualquer estrutura própria, que diferencie as cláusulas gerais de outras normas jurídicas. Elas seriam normas como estrutura básica similar à de qualquer outra norma, caracterizando-se por se valer de alto grau de generalidade.¹¹⁷

Já a Luzzati parece que as cláusulas gerais são normas parcialmente em branco, cuja completude vem de regras extrajurídicas.¹¹⁸

Aparentemente, as posições parecem revelar tênue distinção, porém, ao contrário, a diferença é expressiva, recaindo, sobretudo, nos limites de atuação do julgador.

Caso aceite a primeira teoria, o espaço criador fica adstrito a definir, com lastro em valores e princípios juridicamente aceitos, qual seria a vasta gama de situações de fato arroladas e qual seria o amplo preceito normativo estatuído.

Se for correta a segunda posição, além da possibilidade de criação, vista na primeira corrente, concedida ao julgador para definir o conjunto de situações encerrado na hipótese de incidência, acrescenta-se o poder-dever de se estabelecer, tanto a abrangência, como as conseqüências jurídicas da incidência, à luz de regras não jurídicas, mas cunhadas em outros sistemas sociais.

Enfatiza-se, com esta segunda vertente, uma forma de juridicização de regras até então não pertencentes ao mundo jurídico, mas que, sendo socialmente

¹¹⁷ ENGISCH, Karl. *Op. Cit.*, p. 188.

¹¹⁸ LUZZATI, Cláudio. *La vaghezza delle norme: un' analisi del linguaggio giuridico.*, p. 314.

aceitas e desejáveis para os demais sistemas parciais da Sociedade, devem passar a integrá-lo.

Para tanto, em se tratando de sistemas jurídicos legislados, sua entrada deve ser dar pela óbvia via da positivação em norma jurídica escrita, sendo recomendável que o seja feito explicitamente para se evitarem dúvidas acerca de sua presença no sistema.

Observa-se, em reforço de argumentação, ser nítida a distinção entre as cláusulas gerais e princípios, já que ao contrário das primeiras, esses últimos não se encontram positivados, o que veda tê-los em regra como normas jurídicas, possuindo funções diversas como a de auxílio na interpretação.

Ressalve-se, contudo, que não estão vedadas cláusulas gerais menos evidentes, desde que, nos dizeres de Canotilho, elas sejam fruto de densificação ou revelação específica de princípios positivados.¹¹⁹

Feitas tais ponderações, extrai-se que cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos legislativamente ou ao menos facilmente detectáveis na própria legislação.¹²⁰

2.4.1.3. Características das cláusulas gerais

As cláusulas gerais têm duas características hábeis a bem delineá-las.

¹¹⁹ CANOTILHO, *apud*, JORGE JUNIOR, Jorge Gasson. *Op. Cit.*, p. 112.

¹²⁰ COSTA, Judith Martins. *A Boa Fé no Direito Privado*, p. 274.

Inicialmente, vale colocar que elas são dotadas de intencional imprecisão. Nela, seu desenho faz-se com a aplicação de vaga moldura semântica que comporta a constante incorporação de novos princípios, valores e diretrizes, não se esgotando em termos bem definidos como recomendado pela técnica oposta da casuística.¹²¹

A vagueza tem por finalidade abarcar o maior número possível de situações de fato sujeitas à sua incidência, o que implica tê-la arquitetada com amplitude máxima, o que vai de encontro aos ensinamentos da Escola da Exgese centrados na elaboração de normas jurídicas bastante específicas e com contornos bem determinados.¹²²

Outra característica é a estabilidade. Como as situações de fato são descritas com imprecisão proposital e não se estabelece qual a conseqüência de sua verificação, as cláusulas gerais têm condições de se manter no sistema jurídico por muito tempo, sem envelhecer.

Isto, porque situações novas não pensadas como possíveis até o início da vigência da norma jurídica, serão consideradas previstas em face da largueza descritiva lançada na hipótese de incidência. Ademais, eventuais soluções, ultrapassadas para as situações de fato, poderão ser descartadas pelo aplicador da norma, sem que se faça necessária qualquer modificação legislativa, bastando a constatação de novo conjunto de valores.

¹²¹ COSTA, Judith Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*, p. 7.

¹²² JORGE JÚNIOR, Alberto Gasson. *Cláusulas Gerais no novo Código Civil*, p. 52.

2.4.1.4. Funções das cláusulas gerais

Há razoável conjunto de funções atribuídas às cláusulas gerais.

Não se pode esquecer que elas, sendo normas jurídicas, visam, como quaisquer outras, a definição de comportamentos aceitáveis e não aceitáveis, criando uma generalidade de efeitos jurídicos, entre eles direitos, deveres e sanções.

Pode parecer estranha e até ofensiva aos mais cultos tal lembrança, porém, ela é necessária.

Como é muito exaltada a função criadora do julgador diante das cláusulas gerais, acaba-se por esquecer que é dever de todos os destinatários do comando fixado por ela agirem com respeito a tais ordens.

Todos aqueles, sem exceção, que possuam elo com as situações de fato descritas vagamente na norma, deverão observar os comandos nela contidos, procurando identificar o respectivo conteúdo em respeito aos parâmetros vigentes.

Destarte, tanto particulares, como o Estado, quando geram atos jurídicos ou recebem incumbências de fiscalização que estão ligadas à situação de fato prevista na cláusula geral, são os primeiros a interpretá-las para pautarem a partir delas seu comportamento, tendo simultaneamente o direito e o dever de exigir dos demais envolvidos o respeito ao ali estatuído.

Reitere-se que obviamente o julgador, visualizando equívoco na atuação dos envolvidos, poderá reorganizar a solução dada para os fatos, primeiramente, em razão de sua função criadora, e, em segundo lugar, porque, como regra, não se pode afastar a atuação da jurisdição.

Em continuidade, as cláusulas gerais concedem ao julgador função criadora de normas jurídicas quando do exercício da judicatura, assimilando função precípua do legislador em sistemas baseados na clássica tripartição de poderes.

Responsável por fixar qual é a dicção da norma, ele exercerá tal competência com liberdade, mas sem arbitrariedade, vinculando-se ou ao que recomendam outras normas jurídicas ou aos modelos sociais presentes na sociedade na qual e para qual atua.¹²³

Prosseguindo, as cláusulas gerais viabilizam a mobilidade externa do sistema jurídico diante da normatização feita pelos julgadores, em constante resposta aos novos fatos presentes na ordem social.¹²⁴

Através da abertura dada pela vagueza inerente às cláusulas gerais, o aplicador da norma jurídica, devendo ser um homem do seu tempo, deverá tomar decisões consentâneas com os valores sociais de sua época.¹²⁵

É o que Stefano Rodotà qualifica como função diacrônica da cláusula geral, constatando nela um meio de adequação automática do sistema jurídico às mudanças acontecidas em seu entorno.¹²⁶

Igualmente, as cláusulas gerais visam conceder aos responsáveis pela prestação jurisdicional o poder de criação de normas dotadas de generalidade e abstração e não apenas a solução exclusiva e única da lide a ele apresentada.

¹²³ COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 10.

¹²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 123.

¹²⁵ MENGONI, *apud.*, COSTA, Judith Martins, p. 7.

¹²⁶ RODOTÀ, Stefano. *La tecnica legislativa*, p. 41.

Trata-se de sua função qualificada como generalizadora, já que da cláusula geral positivada derivam outros institutos jurídicos.¹²⁷

Com a reiteração de casos e decisões afirmativas do conteúdo de cada cláusula geral, a partir das decisões tomadas em um grupo de casos acabará sendo possível sublimar o que ela, em uma dada época e em um determinado território, normatiza.¹²⁸

É também função das cláusulas gerais atuar como meio de indexação de decisões que envolvam situações de fato próximas, comportando decisões igualmente próximas.¹²⁹

Havendo demandas que abarquem fatos com muitas semelhanças, podem ser encontradas decisões totalmente diferentes ou, embora no mesmo sentido, com fundamentos diversos.

Quando se tem a constante aplicação das cláusulas gerais, todo o conteúdo do repertório jurisprudencial acaba encontrando nelas um ponto comum de localização, que permitirá pesquisas reveladoras do modo pelo qual vem sendo decidida a questão a partir de um critério aglutinador.

As cláusulas gerais possuem ainda a função de integração intra e inter-sistemática, pois, dentro do Direito Privado, poderá constatar-se a generalização de uma solução, aplicável a uma de suas partes, para outras partes, como, por exemplo, do direito das coisas para o direito de família, viabilizando também harmonização com normas outras situadas fora da seara privatística, como a Constituição Federal e as normas de Direito Público.

¹²⁷ COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 10.

¹²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 411.

¹²⁹ COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 11.

Cria-se, a partir de tal função, elos dentro do direito privado e dele com o direito público, ligando valores fundantes do todo, de tal modo a se evitar com essa ordenação, contradições internas não desejáveis.¹³⁰

2.5. Negócios jurídicos em sistemas fechados ou abertos de Direito Privado

2.5.1. Negócios jurídicos em sistemas fechados de Direito Privado

Negócios jurídicos em sistemas fechados caracterizam-se por tolerarem mínima ingerência de quem dele não é figurante.

É que, em tais sistemas, negócios jurídicos são formados através de manifestações de vontade com o *status* de norma jurídica, as quais são exaustivas, não admitindo a modificação de seu conteúdo.

Logo, a partes ou as partes, em síntese, definem a amplitude da eficácia dos negócios, não se admitindo que tais efeitos sejam extirpados ou modificados, vontade essa que será respeitada integralmente, desde que haja suporte fático suficiente e eficiente no que concerne à validade.

Opta-se em sistemas fechados pela aplicação potencial máxima de dois dos princípios clássicos, já vistos, dos contratos e extensíveis aos demais negócios jurídicos, como a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos ajustes.

Isto, porque é imperativa a vontade das partes, assegurando-se que nem elas, salvo acordo, nem qualquer ente externo, poderá alterar o que se pactuou.

¹³⁰ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 198.

Em especial, fecha-se, para um dos sujeitos externos ao contrato, o julgador, considerar em sua decisão modificações nos dogmas e valores da Sociedade na qual este ajuste tenha sido celebrado. Em verdade, ao julgador resta apenas aferir a operação lógica da incidência e a validade do fato, tendo muitas vezes que impor soluções predeterminadas, as quais definidas muito tempo antes, estão defasadas em face das modificações sociais ocorridas após a celebração do negócio ou após o início da vigência das normas jurídicas em que embasado.

2.5.2. Negócios jurídicos em sistemas abertos de Direito Privado

Negócios jurídicos em sistemas abertos possuem traços opostos.

As partes, ao formularem o negócio jurídico, deverão se pautar pelo que pode ser o conteúdo dos conceitos legais indeterminados, bem como pelo que deva estar circunstanciado sob o manto da vagueza nas cláusulas gerais, enfeixando naqueles atos também efeitos jurídicos igualmente consentâneos.

Tal comportamento é de rigor, considerando que as partes do negócio, como formuladoras de norma jurídica inferior, devem observar o comando de qualquer norma superior dotada de conceitos legais indeterminados ou consistentes em cláusulas gerais.

Ainda sim, intervenções de duas ordens podem acontecer.

Primeiramente, o julgador pode compreender que a estruturação feita já violava o teor de conceitos legais ou de cláusulas gerais à época da sua concepção, alterando os efeitos estabelecidos originariamente pelas partes, e podendo, inclusive, proclamar a extirpação definitiva de tais conseqüências.

Em segundo lugar, o julgador pode concluir que, embora o negócio estivesse afeiçoado ao conteúdo vago das normas as quais ele está subordinado quando de sua celebração, seus efeitos produzidos posteriormente já não mais estão adequados ao conteúdo vago redefinido pela evolução do sistema.

Minimamente, a intangibilidade dos negócios jurídicos fica mitigada em muito, porque se autoriza intervenção externa ao negócio, eliminando ou alterando a combinação inicial.

2.5.2.1. Ofensa às cláusulas gerais pelos negócios jurídicos: rejeição à invalidade

Sendo o preceito normativo das cláusulas gerais vazio de conteúdo, é tarefa do julgador, quando instado a decidir, preenchê-lo segundo seu arbítrio.

Dela se depreende a possibilidade do julgador definir o que se entende como melhor para o equacionamento do caso concreto, em claro respeito à flexibilidade esperada da abertura do sistema.

No entanto, se aparentemente existe um enorme campo de atuação de quem deva decidir, pode-se dizer, em verdade, que há limites lógicos, além de outros impostos pelo próprio sistema.

Neste diapasão, os limites podem ser encontrados no objeto a ser avaliado e sobre o qual deve ser exarada uma decisão: o fato jurídico apreciado nos distintos planos de sua existência, validade e eficácia.

Toda e qualquer tarefa do aplicador da lei envolverá um fato jurídico nessas suas conhecidas dimensões.

Advirta-se, entretanto que dois desses planos, o da existência e o da validade, não comportam nenhuma discricionariedade.

O primeiro, em decorrência da fatalidade da incidência, que é inexorável, já que se trata de operação lógica sobre a qual não influi qualquer determinismo natural. Eventual abertura aí estará presente apenas quanto à apreciação da ocorrência da hipótese de incidência, e nada mais.

Resumidamente, o fato jurídico é ou não é, sendo impossível qualquer modulação em tal esfera.

Igualmente, circunscrever a solução ao plano da validade não é o melhor desate.

Aliás, com escopo de se dotar de segurança jurídica o sistema aberto, na tentativa de se identificar sempre uma única solução a ser esperada da aplicação das cláusulas gerais, acaba-se por impor que, em se tratando de violação de norma de ordem pública ou de norma proibitiva sem cominação expressa da consequência do ato violador, o desrespeito a elas seja sempre a invalidade.

Não parece consentânea tal solução com o que se espera de um sistema construído para ser flexível.

Preliminarmente, porque esta pré-ordenação é mais afeta a sistemas fechados, os quais não podem prescindir de desfechos preordenados para qualquer hipótese de incidência. Neles, é que, constatada uma norma jurídica desprovida de

tal previsão, sempre haverá outra de caráter suplementar, estabelecendo, antes mesmo da incidência daquela, a consequência jurídica a ser imposta.

Sistemas abertos não precisam de normas suplementares, pois, é de sua essência a abertura, não fazendo sentido que se predefina para tais normas jurídicas qualquer padrão.

Outro argumento, que refuta a previsão da invalidade como efeito único e constante irradiado da incidência de cláusulas gerais, é o da limitativa inferência que se pode extrair disso quanto às suas espécies.

A cláusula geral não busca somente restringir comportamentos, situação que, se fosse exclusiva, poderia justificar a aplicação da invalidade, como sanção contra aqueles que agirem ou se omitirem em contrariedade à norma.

As cláusulas gerais podem ser também regulativas e extensivas, donde se infere que nem sempre se deseja sancionar aquele que viola sua estipulação. Logo, não é necessário, e nem correto, delas advir sempre a invalidade, repita-se, como regra, com caráter sancionador.

Mesmo quando almeja a restrição, como qualquer outra norma jurídica, a cláusula geral visa estimular o comportamento inverso e nessa busca talvez o ideal não seja, para o caso concreto, dizer-se inválido o negócio jurídico, com sua exclusão definitiva do sistema jurídico.

Pode inclusive haver outras normas jurídicas e o uso de técnicas interpretativas (princípios, por exemplo) que recomendem, tanto quanto possível, a conservação dos fatos jurídicos em geral, devendo-se extrair deles o que for aproveitável, em clara mitigação da regra da invalidade.

Por derradeiro, cabe recordar que a análise da validade é exclusivamente aceitável na seara dos atos jurídicos em geral, não estando sob seu jugo os demais fatos jurídicos. Afirmar que a validade seria o único aspecto atacável em situações de ofensa às cláusulas gerais poderia insinuar que fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fatos jurídicos estariam excluídos de respeitar tal padrão normativo, o que parece absurdo, quando se tem vagueza na hipótese de incidência, com o intuito de alcançar o maior número possível de situações de fato.

2.5.2.2. Correção de ofensa às cláusulas gerais pelos negócios jurídicos: opção pela modulação da eficácia

Ao contrário da expressiva quantidade de obstáculos levantados contra a aplicação nas cláusulas gerais no âmbito da existência e da validade, a eficácia não oferece resistência de tal magnitude.

Por isso, parece acertada a conclusão, no sentido da abertura de soluções para a escorreita aplicação das cláusulas gerais, do uso da modulação dos efeitos jurídicos, ou modulação da eficácia.

Fatos jurídicos, todos, sem exceção, têm por escopo a produção dos efeitos jurídicos, sendo, pois, esses efeitos, o que de mais relevante se espera.

São tais irradiações aquelas que verdadeiramente acabam por culminar em modificações no ordenamento jurídico, como também na esfera jurídica de cada um dos sujeitos de direito, ainda que, para chegar-se a tal estágio, tenha-se que passar obrigatoriamente pela avaliação da existência e eventualmente pela da validade.

Portanto, buscar a melhor solução para o caso concreto passa necessariamente por trabalhar com os efeitos programados dos atos jurídicos em questão.

Dois outros fundamentos autorizam esta conclusão.

É que a norma jurídica pode determinar modificação dos efeitos preconizados de um ato jurídico.

Cláusulas gerais, como normas jurídicas que são, legitimam ao julgador esta interferência. Some-se a isso o fato do julgador, quando atua sobre negócios jurídicos, fazê-lo em substituição à vontade das partes, sendo dado a ele usar do mesmo ferramental disponibilizado para elas.

Especialmente quanto aos negócios jurídicos, sendo necessária tal intervenção, como o aplicador da norma irá interferir com vontade substituta da vontade das partes, tudo aquilo que elas poderiam fazer, igualmente poderá o julgador.

Respeitadas essas premissas, caberá ao aplicador manejar o expressivo conjunto de ferramentas montado a partir dos limites e das classificações da eficácia adotados pelo sistema jurídico para encontrar a que mais se ajuste à lide posta.

Basta averiguar, por previsão expressa ou por constatação de princípios, aquilo que consta do sistema, como meio de modulação, para que o julgador fique autorizado a manejá-lo na busca da melhor solução.

Como ilustração desse ferramental, nada impede que a autoridade judicante ordene, com ou sem eficácia interimística, a deseficacização total ou

parcial de um negócio jurídico, de modo definitivo ou provisório. Igualmente, inexistente óbice para que, na busca do comportamento estimulado pela cláusula geral, sejam adicionados efeitos jurídicos àqueles previstos pelas partes. Nenhum veto pode ser levantado ao uso das possibilidades de eficacização.

Nada obsta, ademais, que se possa impor carga de eficácia a fato jurídico não eficaz quando do seu nascedouro. Impor ou retirar a carga de eficácia, valendo-se da dimensão temporal *ex-nunc* ou *ex-tunc*, *a priori* pode-se também ter em vista.

É pertinente lembrar que tal modulação não pode ser feita de maneira aleatória, solta, ao arrefio de critérios e passível de distorções arbitrárias.

O julgador deverá pautar-se pelos valores e princípios jurídicos contemporâneos à tarefa de julgar. Pode até mesmo, conforme for o grau de abertura do sistema, utilizar-se de valores e princípios não jurídicos, cunhados em outros sistemas sociais existentes ao lado do Direito.

Cabe, cláusula por cláusula, definir os critérios regentes da modulação, vislumbrando no sistema ou fora dele parâmetros igualmente norteadores da tarefa.

Somente desta maneira, ao mesmo tempo discricionária, ao mesmo tempo vinculada, ter-se-á a efetividade de sistemas abertos em consonância com que se espera deles.

2.6. Vantagens e desvantagens dos sistemas jurídicos de Direito Privado fechado ou aberto

O sistema fechado de Direito Privado possui metas bastante claras. Sua concepção visa segurança jurídica e expressiva liberdade de atuação das pessoas, com mínima intervenção estatal.¹³¹

Quando se vale das já referidas estruturas normativas de conteúdo minuciosamente definido, é possível identificarem-se os comportamentos juridicamente aceitos e quais as conseqüências de sua observância ou não.

Isto faz com que as pessoas sejam estimuladas a tais comportamentos, tendo segurança jurídica, pois sabem que suas combinações, se respeitarem as ditas normas, não serão afetadas por inesperada decisão que as modifique, o que se traduz em previsibilidade das decisões julgadoras e em conseqüente segurança jurídica.

Ademais, considerando que um dos princípios fundantes de um sistema de Direito Privado é a liberdade de atuação dos sujeitos de direito, o que se evidencia pelo fato de poder-se fazer aquilo que não for proibido, resta muito mais claro o que pode ser feito ou não, o que pode ser pactuado ou não. Isto evita a ampliação de restrições ou vetos, além dos já fixados em norma jurídica, prestigiando, assim, a liberdade de atuação.

Em contrapartida, o sistema jurídico fechado possui ponto falho, segundo seus críticos, consistente em admitir o precoce envelhecimento do Direito, sem que nada possa ser feito para atualizá-lo, senão a modificação da lei.¹³²

¹³¹ COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 6.

Segundo estes mesmos críticos, ao cristalizar estruturas normativas exaustivas quanto às hipóteses de incidência e quanto aos preceitos normativos, são cristalizados, em verdade, os valores entendidos como vigentes e desejáveis pelos legisladores à época da criação dessas regras.

Atualizar o Direito em tais circunstâncias, constatada a modificações de valores, mas considerando o engessamento da sociedade e a vinculação dos julgadores à legalidade estrita, somente poderia ser feito com novas normas legisladas, cuja gestação não é algo rápido, nem simples.

Sistemas de Direito Privado abertos privilegiam, por seu turno, a atualização mais célere do Direito, já que o julgador, tendo maior liberdade de atuação, pode expulsar ou adaptar efeito jurídico rejeitado pelos valores sociais vigentes à época da contenda, o que é impossível de ser feito no sistema fechado.

Não é necessário, assim, haver qualquer modificação de lei, para que as decisões judiciais passem a refletir a novel aspiração social, deslocando-se em boa parte a tarefa de atualização do legislador para aquele que aplica as normas jurídicas.

¹³² COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 11.

CAPÍTULO 3

SISTEMAS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

3.1. Opção por Sistema Jurídico de Direito Privado Fechado até a Constituição Federal de 1988

3.1.1. Indícios de fechamento do sistema

O primeiro indício de fechamento de um sistema de Direito Privado apontado em doutrina seria o uso da codificação como estratégia legislativa, concentrando em um ou poucos diplomas todas as normas jurídicas legisladas.

No Brasil, o recurso à codificação é constante, desde há muito, notadamente no Direito Privado.¹³³

A Ordenação Filipina, embora não genuinamente brasileira, quando incorporada ao sistema jurídico nacional pela recepção estabelecida na Constituição Federal de 1824, descortinava a intenção de caminhar naquela direção em face da reunião de normas jurídicas de Direito Privado em poucos diplomas legais.¹³⁴

¹³³ LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*, v. I, p. 117.

¹³⁴ ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas*, p. 5.

Embora fosse razoável esperar que o Direito Civil, na esfera do próprio Direito Privado, por sua importância basilar, fosse o primeiro contemplado com a codificação propriamente dita, não foi isso o que aconteceu.¹³⁵

Coube ao Direito Comercial em primeiro lugar, no ano de 1850, ser disciplinado em um código pela Lei nº 556, sem estar a reboque da codificação do Direito Civil, sob o argumento de que, para isso, necessitava-se de mais extensa reflexão a respeito.

O Código Comercial, feito no século XIX, ao repercutir as influências da Revolução Francesa que pretendia acabar com os privilégios de classes econômicas como a dos burgueses, focou sua regulamentação, concedendo o status de comerciante a quem praticasse atos de comércio, e não a quem previamente tivesse tal título, complementando-o com a imposição por lei desta qualidade para determinados sujeitos.¹³⁶

Em termos lógicos, o Código Comercial falava da pessoa do comerciante, natural ou jurídica, definindo como tal aquele que praticasse, com habitualidade e fito de lucro, tendo capacidade para tanto, não só atos de comércio consistentes nas diversas modalidades de compra e venda mercantil, mas, também, construísse outros vínculos necessários ao desempenho da atividade.

No que concerne ao Direito Civil, em 1855, surgiu a Consolidação das Leis Civis elaborada por Teixeira de Freitas, cujo escopo era o de apenas reunir todas as normas do assunto em um único diploma, não obstante, em razão de sua

¹³⁵ LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*, v I, p. 117.

¹³⁶ MARTINS, Frans. *Curso de direito comercial*, p. 11.

unidade e harmonia, por muito tempo, na prática, fosse reconhecida como um verdadeiro código civil.¹³⁷

Coube ao próprio Teixeira de Freitas, aliás, em razão da perfeição de sua Consolidação, refletir sobre o preparo de um código, que de suas mãos nunca nasceu, especialmente em razão da sua resistência em fazê-lo subordinado ao já existente Código Comercial, pois que, ao contrário, inclinava-se a preparar diploma único de Direito Privado.

Já sob os auspícios da República voltou-se, desprezando-se trabalhos anteriores, a cogitar de um código civil, incumbindo-se Clóvis Bevilacqua dessa tarefa.

Somente depois de muito persistir e de resistir aos ataques dos revisores do projeto, de outros ferrenhos juristas adversários e dos legisladores da época, alguns da envergadura, por exemplo, de um Rui Barbosa, Clóvis Bevilacqua alcançou seu desiderato em 1º de janeiro de 1916, com a sanção da Lei nº 3.071, vigente a partir de 1917.¹³⁸

Note-se que, com eventuais revogações pontuais e a vigência de poucas legislações esparsas, o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 foram por muitos anos, ao lado do Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943 - a Consolidação das Leis do Trabalho, a base do Direito Privado pátrio, cabendo ao Código Civil a regulação geral, ao Código Comercial cuidar das especificidades do comerciante e a CLT tratar dos vínculos contratuais de emprego.¹³⁹

¹³⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v I, p. 11.

¹³⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I, p. 11.

¹³⁹ É de se recordar a controvérsia sobre a inserção ou não do Direito do Trabalho no sistema de Direito Privado.

Entretanto, cabe lembrar a advertência, segundo a qual, o uso da codificação é um indício, mas não uma certeza sobre o fechamento do sistema, sendo de rigor o exame da técnica legislativa aplicada para que se constate qual escolha foi verdadeiramente feita.

3.1.2. Técnica legislativa com uso de normas fechadas: a confirmação de um sistema fechado

Junte-se à codificação, como indício de um sistema fechado de Direito Privado, o uso da técnica legislativa da *casuística*, que busca esgotar nas normas jurídicas todas as situações de fato juridicamente relevantes, impondo-se a elas, desde logo, a consequência jurídica que dali se irradiará.

O Código Civil de 1916, bem como o Código Comercial brasileiro lançavam mão de técnica legislativa fechada, procurando exaurir em todos os seus compartimentos as situações de fato imagináveis, aliando a elas as consequências práticas que devem ser aplicadas pelo julgador, conclusão que, de per si, já insinuava mudanças.¹⁴⁰

Isto, em boa parte é explicado a partir da influência exercida por ordenamento jurídico estrangeiro sobre tais diplomas brasileiros, ordenamentos esses, à época, visceralmente embasados na *casuística*.¹⁴¹

Exemplos não faltam.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. *A reforma do Código Civil*, p. 21.

¹⁴¹ VENOSA, Silvio. *Direito Civil*, v. 1, p. 99

Pode ser citado o Código Civil de Napoleão, baseado no individualismo e com extrema ênfase a impermeabilidade do Direito Privado aos comandos do Direito Público.¹⁴²

Mesmo há já um bom tempo independente de Portugal, nosso País não se despregou das influências culturais, políticas e econômicas da Europa. Posto que tardiamente, o que acontecia por lá invariavelmente acabava por acontecer também aqui.

Assim, o Código Civil português de 1867, entendido como um feixe de norma marcado pelo liberalismo, com destaque para o respeito inflexível às convenções e à liberdade privada, mediante a aplicação de normas exaustivas aptas a bloquear indevidas interferências estatais, serviu de base para muitos institutos constantes do Código Civil de 1916.¹⁴³

Especificadamente quanto aos negócios jurídicos, seara na qual imperavam predominantemente normas jurídicas dispositivas, a mesma técnica foi adotada, com a concessão às partes do ensejo de criar suas próprias regras bem como definir as conseqüências advindas da sua celebração, sendo tais normas a tal ponto exaustivas imutáveis que não errava quem dizia que se tratava de lei entre as partes.¹⁴⁴

Os princípios garantidores desta liberdade não eram outros senão os conhecidos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos,

¹⁴² VENOSA, Silvio. *Direito Civil*, v. 1, p. 99

¹⁴³ PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 67.

¹⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 3, p. 12.

com sua derivação de intangibilidade, além do da relatividade dos efeitos, todos inspirados na pressuposta igualdade entre os sujeitos de direito.¹⁴⁵

Não vislumbrando diferenças expressivas entre os contratantes que pudessem previamente comprometer as respectivas manifestações de vontade ou permitir abusos de uma das partes sobre a outra, deixava-se a estas pleno espaço de atuação.

Assim, a autonomia da vontade, explícita no momento da criação ou do início de existência do negócio jurídico, garantia a possibilidade das partes livremente contratarem apenas se quisessem (autonomia da vontade pela dimensão da liberdade de contratar), podendo, com igual liberdade, definir o conteúdo dos ajustes através da criação das regras entre si completas, seja quanto à situação fática, seja quanto às conseqüências que se irradiariam (autonomia da vontade pela dimensão da liberdade contratual).¹⁴⁶

Além dos clássicos e constantes fatores de restrição vindos da ordem pública e dos bons costumes, a lei, nesse contexto, compreendida restritivamente tão só como aquela de cunho imperativo e fruto do ambiente econômico-liberal, em pouco refutava as combinações imaginadas pelas partes.

Por outro lado, com o fito de afastar o risco do combinado vir a ser posteriormente alterado por quem quer que fosse, senão pelas próprias partes e ainda assim apenas se acordes nisso, construiu-se a concepção da imutabilidade contratual.¹⁴⁷

¹⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade*, passim.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, V 1, p. 43.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v III, p. 18.

Como consequência dela, caso existentes e válidas as manifestações de vontade componentes dos negócios jurídicos, terceiros, aí incluído o Estado em suas faces executiva e judicial, em quase nada poderiam alterar os efeitos jurídicos preconizados no próprio ajuste, ressalvado o fato destes acordos não poderem atingi-los.

É inequívoca a sua superação por novos modelos, porém a ele não devem ser colacionadas críticas com tal envergadura, levando-se em consideração exatamente os anseios da época de sua elaboração.

3.2. A opção por um sistema semi-aberto do ordenamento jurídico pátrio após a Constituição Federal de 1988

3.2.1. Paradigma Constitucional da opção: socialidade

O preâmbulo e todo o Título I da Constituição Federal de 1988 enunciaram a estrutura fundamental da ordem jurídica pátria a partir da sua promulgação.¹⁴⁸

Muitos dos valores e princípios ali esposados sintetizam-se na explícita orientação do respeito ao indivíduo, ordenando, entretanto, que tal garantia dada aos sujeitos, não deverá sobrepor-se a uma vida socialmente harmônica, mas, sim, estimulá-la.

Isto refletiu-se, de plano e com força descomunal, sobre o sistema de Direito Privado brasileiro, não propriamente com a eliminação dos respectivos princípios fundantes, mas com a leitura deles sob novo olhar.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Liberdade e igualdade são ressaltadas como de observância irrestrita pela Constituição Federal atual, não só nos dispositivos já citados, como em outros tantos.

Mas a eles foi imposta conexão obrigatória com a Sociedade, elo até então inexistente ou pouco fortalecido, o que criou uma nova moldura vinculativa para ambos.¹⁴⁹

A igualdade, de um lado reforçada pela insistente recordação de sua presença obrigatória em qualquer norma ou fato jurídico, deixou de ser pressuposta, sucumbindo à máxima, segundo a qual, tratar igualmente significa tratar de modo os iguais e de modo diferenciado os desiguais.

A liberdade já não poderia mais ter espectro tão grande como tinha, sugerindo a necessidade de maior presença do Estado em temáticas, que eram vistas até então como de exclusivo interesse dos particulares.¹⁵⁰

Destarte, tudo quanto compunha o Direito Privado passou obrigatoriamente a estar emoldurado por este forte e rigoroso elo com o social.

Institutos tradicionais ou novos, consagradores de mais ou menos liberdade, de mais ou menos igualdade, deverão estar com sua composição e função direcionadas ao atendimento, antes de tudo, dos ideários coletivos.

Negócios jurídicos¹⁵¹, empresa e propriedade¹⁵², além de outros tantos fenômenos jurídicos pertencentes ao Direito Privado, passaram a sofrer a influência de fenômenos não jurídicos, mas sociais.¹⁵³

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*, v I, p. 43.

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 200.

¹⁵¹ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *In Jornal O Estado de São Paulo*, p. 2.

Esta conexão também reclamou do sistema jurídico de Direito Privado nova técnica de atualização, pois, sendo ligado à Sociedade, cujas aspirações e valores são mutáveis, o Direito deveria se atualizar no mesmo compasso dessas evoluções, algo de difícil obtenção com a aplicação do tradicional processo legislativo.

Considerando tudo isso, algumas providências na esfera do Direito Privado foram adotadas a partir de comandos da própria Constituição Federal.

3.2.2. Passagem para sistema semi-aberto: relativização da codificação como indício e uso de técnica legislativa aberta

A primeira providência alardeada como indicativa da abertura do sistema foi, não o abandono da codificação, mas, a sua relativização. Isto porque, além do Código Civil, outros diplomas vieram diminuir a sua tão ampla abrangência de regulação.

Denominados microssistemas, alguns, inclusive, valendo-se do designativo código em sua nomenclatura, essas legislações ainda se aproveitam do Código Civil como instrumento definidor de normas gerais, mas normatizam com especialidade determinados espaços do Direito Privado, como os afetos às crianças e aos adolescentes, ao consumo, à propriedade autoral e industrial.¹⁵⁴

¹⁵² ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito civil*, v. IV, p. 59.

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas atuais de direito privado*, p. 15.

¹⁵⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 204.

Entretanto, nem de longe, isso seria suficiente para se concluir pela abertura do Direito Privado no país, pois o que acarreta definitivamente a modificação é a adoção em larga escala da técnica legislativa aberta.

Outra providência foi o advento de um novo Código Civil, substancialmente diferente do anterior por várias razões.

De plano, pode ser apontada radical alteração do padrão normativo. Antes preenchido por normas jurídicas exaustivamente detalhadas, o Código Civil de 2002 mesclou tal modelo com os já propalados conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais distribuídas por todas as suas partes.

Quando emprega a expressão *abuso de direito*, em seu artigo 187, o Código Civil permite, ante a sua generalidade, que se dê concreção a isso dentro e com os elementos que o contexto fático do caso em exame traga consigo, significado esse que pode não ser o mesmo em outra situação empírica que demande interpretação diversa.

São cláusulas gerais encontradas no Código Civil a função social do contrato e da propriedade, a observância quando da contratação da boa-fé objetiva e da probidade, dentre outras.

Advirta-se que o uso da dita técnica tem retaguarda na própria Constituição Federal, já que ela mesma, abrigando cláusulas gerais como a fixada no artigo 5º, inciso XXIII, obriga ao respeito ao conteúdo ali fixado, bem como autoriza a legislação infraconstitucional a repetir esse padrão legislativo nos diversos diplomas regentes do Direito Privado.

Não se pode negar, de outra banda, que o sistema brasileiro de Direito Privado manteve em parte o uso de técnica legislativa fechada, sendo adequado afirmar que boa parte de suas normas jurídicas possuem hipótese de incidência e consequência jurídica delineadas minuciosamente. Basta ver, como ilustração, o que se estatuiu com contratos em espécie, regras de direito de família, direitos reais, entre outros.

Em síntese, às cláusulas gerais, ao que consta, coube a tarefa de traçar os contornos do sistema, enquanto normas jurídicas dotadas de conceitos legais indeterminados ou típicas da casuística apresentam-se em complemento.

Esta conjugação veta, hoje, chamar-se de fechado ou aberto o nosso sistema de Direito Privado. Cabe aplicar-lhe nomenclatura que demonstre seu caráter híbrido, já que, simultaneamente, permite a convivência de normas jurídicas marcadas pelo determinismo, ou tipicidade, e de normas jurídicas marcadas pela vagueza. Eis o porquê de chamá-lo de semi-aberto.

3.2.3. Redução das dicotomias internas do sistema: aproximação do Direito Civil e Direito Comercial pela unificação das obrigações e não pela teoria da empresa

O novel código ainda teve o condão de reduzir em muito a distância entre o Direito Civil e o Direito Comercial, com a eliminação de boa parte das diferenças existentes entre esses dois ramos, mediante a unificação das obrigações. Em contrapartida, derogou o Código Comercial de 1850 em quase tudo, com exceção dos preceitos atinentes ao comércio marítimo.

No que toca aos contratos, espécie de negócios jurídicos, no Direito Comercial havia peculiaridades, que sugeriam repelir-se parte do regramento geral do Código Civil, sempre que apenas comerciantes neles figurassem como partes.

Tratava-se do contrato mercantil, repita-se, escorado na base de contratos do Código Civil, mas, podendo encontrar dispositivos especiais dentro do Código Comercial.

Uma primeira relativização disto ocorreu em 1990, com a vigência do já aludido microssistema do consumidor, aplicável mesmo aos contratantes empresários, se houver evidências de hipossuficiência de um lado e de hipersuficiência de outro, demandando o uso das normas consumeristas para corrigir e evitar eventuais abusos da parte mais forte.

Entretanto, somente podem ser feitas duas distinções agora, quanto à legislação: ou se aplica o Código de Defesa do Consumidor ou se aplica o Código Civil. No mais, há de ser respeitada eventual norma esparsa, que se dedique ao contrato em análise.¹⁵⁵

A unificação obrigacional não veio, porém como a única alteração, pois o próprio Código Civil sofreu modificações se comparado com o velho diploma em questão.

Optou-se, no Código Civil de 2002, por alterar-se o fio condutor da base legislativa dos atos jurídicos.

¹⁵⁵ ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de direito comercial*, p. 413.

O Código Civil anterior disciplinava os atos jurídicos por meio de robusta previsão legal, estendendo-a às demais espécies de fatos jurídicos no que fosse compatível com aqueles.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, considerando que os negócios jurídicos correspondem à maior gama dos fatos jurídicos consubstanciados no ordenamento, acabou por regrá-los de modo explícito, proclamando que aos atos jurídicos outros deve ser dada a mesma regulação, naquilo que não fira a respectiva essência.¹⁵⁶

No mais, não se pode dizer que tenha havido unificação do direito privado, em especial, pela adoção da teoria da empresa.¹⁵⁷

Ainda que lançados estes pontos no Código Civil, isto não autoriza inferir que somente por isso eles passaram a ser temática de Direito Civil.

O que se fez apenas foi redefinir os limites de atuação de tal ramo em face do Direito Comercial, deixando-se de lado o critério distintivo dos atos do comércio, agora substituído pela empresa.

Assim, outras atividades econômicas, que não a de empresa, como de profissionais intelectuais, mantiveram-se sob a guarda do Direito Civil.

Não obstante, tendo-se em vista que a questão da empresa será abordada mais a frente, estanca-se aqui, por hora, as considerações sobre o assunto.

¹⁵⁷ ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de direito comercial*, p. 15.

3.3. Negócios jurídicos no Código Reale

3.3.1. Apontamentos da existência e da validade

Alterações pontuais foram feitas no Código Civil hoje vigente, mas sem que boa parte do que já se tinha estabelecido no Código Bevilacqua tenha sido alterado o que toca a existência e validade dos negócios jurídicos

O novo Código Civil continuou, à semelhança do velho, a ignorar o conceito de existência de qualquer fato jurídico, inclusive do negócio jurídico, relegando à doutrina a respectiva aceitação ou não.¹⁵⁸

Frise-se, outrossim, que, ao longo de toda a regulamentação presente no diploma em comento, a manifestação de vontade séria, livre, consciente e querida ao lado da faculdade criadora da parte no que concerne aos efeitos jurídicos são os elementos que diferenciam os negócios jurídicos dos demais fatos jurídicos.¹⁵⁹

A validade manifesta-se atualmente no Brasil em seu formato clássico, lidando ora com elementos desfalcantes ora com elementos complementares.

Apresenta-se, destarte, como necessários à validade do negócio ser o objeto possível, lícito, determinado ou determinável, a observância de forma quando prescrita em lei e a capacidade do agente.

Ressalte-se, entretanto que algumas mudanças aconteceram nas respectivas hipóteses de invalidade, com remanejamentos e ampliações, como por exemplo, no rol de vícios da vontade, com a inclusão de lesão e do estado de perigo, afora modificações acerca da capacidade de atuação aferível pela idade ou por déficits de compreensão ou autodeterminação.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v I, p. 471.

¹⁵⁹ 107, 110 e 111.

Igualmente, mostra-se presente a distinção entre o nulo e o anulável, escalonando-se a maior ou menor gravidade do comprometimento da vontade, imputando-se ao nulo a impossibilidade de produção de efeitos jurídicos e de qualquer aproveitamento no ordenamento jurídico, e, ao anulável, a produção de efeitos jurídicos enquanto não for desconstituído por fato superveniente ou até que se verifiquem hipóteses de eliminação do vício, como a ratificação, dentre outras.¹⁶⁰

3.3.1.1. Rejeição da invalidade para aplicação de cláusulas gerais nos negócios jurídicos

Nota-se também que a invalidade, no sistema jurídico brasileiro, não tem outro caráter que não o de sanção. Sempre que concretizada uma das situações invalidantes, o que se atrela a elas é a desconstituição do ato ou negócio contaminado, com variações quanto à eficácia dessa desconstituição, operando *extunc* ou *ex-nunc*, em função da reversibilidade, ou não, dos acontecimentos já concretizados no mundo empírico.¹⁶¹

Decorre desse caráter sancionador a limitação do uso da invalidade como instrumento destinado à procura da melhor solução para o caso concreto, como o pedem as cláusulas gerais.

Ainda que se inclua no rol das invalidades o que contrarie norma jurídica proibitiva,¹⁶² mas desprovida de sanção, não se pode esquecer que a previsão em tela é aceitável como regra sem exceção apenas em sistemas jurídicos

¹⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v I, p. 285.

¹⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. I, p. 508.

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v I, p. 475.

fechados, que não toleram hipóteses de incidência desacompanhadas de preceito normativo.

Considerando que o sistema atual de Direito Privado mostra-se semi-aberto, com a adoção de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, é imperioso que se relativize tal comando, harmonizando-se-lo à vontade constitucional de flexibilidade e de mutabilidade do ordenamento jurídico.

Some-se a isso estar nele presente, de modo inequívoco, em tal matéria, o princípio direcionado à conservação, quando possível, dos negócios jurídicos, como tentativa clara de fazer valer a intenção negocial das partes.

Uma das evidências de sua presença no sistema jurídico nacional é a inserção do artigo 184, consagrador do não contágio de uma invalidade a todo o negócio, quando deste puder isolar-se a parte comprometida.¹⁶³

Outra prova dessa presença está lastreada na confirmação dos negócios anuláveis ou na conversão dos negócios nulos em outros não inválidos, se assim permitir o respectivo suporte fático.

Neste passo, sendo clara tal perspectiva, não é conveniente que se imponha ao aplicador da norma jurídica a obrigatoriedade da proclamação da invalidade, quando estiver defronte a cláusulas gerais, normas caracterizadas pela vagueza e não, por soluções únicas e estanques.

Tais flexibilidade e mutabilidade, aliás, parecem não encontrar resistência na disciplina atual da eficácia do negócio jurídico pelo Código Civil vigente.

¹⁶³ BRASIL. *Código Civil*, art. 184.

3.3.2. Correção de ofensa às cláusulas gerais pelos negócios jurídicos no Brasil: viabilidade da modulação da eficácia

Embora seja uma tarefa enfadonha extrair do sistema atual de Direito Privado quais os limites nele impostos para a eficácia dos negócios jurídicos e quais classificações foram ali adotadas, mediante a colação de artigos, é inevitável enfrentá-la.

Trata-se de providência de rigor, para ter-se adequadamente construído, por menção direta ou detecção subliminar de princípio, ferramental hábil à modulação dos negócios jurídicos pelas próprias partes ou pelo aplicador da norma jurídica incidente, tudo para que se possa definir, no ordenamento brasileiro, o que pode ser feito para o preenchimento do preceito normativo das cláusulas gerais.

Nessa escala, as partes, desde logo, como previsto nos artigos 121 a 137, podem regular a eficácia dos negócios jurídicos que celebrem, por meio de termo inicial ou final, de condição suspensiva ou resolutiva, bem como de encargo.¹⁶⁴

Excluindo-se a limitação posta à retroatividade da norma jurídica lesiva a direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, presente no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, ela pode alcançar fatos anteriores ao início de sua vigência, para lhes impor efeitos jurídicos retroativos.

A cessação dos efeitos jurídicos, com eficácia *ex-nunc* ou *ex-tunc*, não são estranhas, igualmente, tal como se dá nos fenômenos extintivos da de que

¹⁶⁴ BRASIL. *Código Civil*, art. 121 e 137.

cuidam os artigos 473 e 474 do Código Civil, disciplinadores da resilição unilateral e da resolução *stricto sensu*¹⁶⁵.

A pós-eficacização do negócio jurídico, consistente em se dar eficácia a um negócio jurídico que, embora pensado para ser eficaz de plano, teve por alguma razão a sua eficácia bloqueada, é perfeitamente admissível, como na alienação feita por quem se tornou dono da coisa móvel somente após a celebração do correspondente ajuste. É o que se extrai do artigo 1268, *caput* do Código Civil vigente.¹⁶⁶

Eficácia protraída é outra forma de modulação aceita, como a vislumbrada na resilição unilateral que tenha como destinatário quem fez investimentos consideráveis para executar o contrato, ordenando-se a produção dos efeitos extintivos somente quando houver recuperação desses gastos.

Também nessa linha, estruturam-se a exceção de contrato não cumprido e a exceção de insegurança, postas nos artigos 476 e 477 do Código Civil, as quais são mantidas no sistema por eficácia interimística, até que se destrave a produção dos efeitos jurídicos gerados.¹⁶⁷

Em tais hipóteses, aliás, pode visualizar-se também a eficácia parcial, caracterizada pela produção de um ou alguns efeitos jurídicos, como no caso do direito subjetivo mutilado, que exsurge desprovido da pretensão consistente na exigibilidade de uma obrigação.

¹⁶⁵ BRASIL, *Código Civil*, art. 473 e 474.

¹⁶⁶ BRASIL, *Código Civil*, art. 1268.

¹⁶⁷ BRASIL, *Código Civil*, art. 476 e 477.

Sinteticamente, mostra-se perfeitamente admissível no sistema de Direito Privado pátrio brasileiro atual identificar, mediante síntese dos limites e classificações da eficácia, instrumentos hábeis à modulação da eficácia.

As cláusulas gerais, nesse diapasão, postas no Direito brasileiro, utilizam esta modulação como meio de máxima efetivação dos comandos nelas estatuídas.

CAPÍTULO 4

CLÁUSULAS GERAIS APLICÁVEIS AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS SOCIETÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Escorço histórico da legislação de sociedades no Brasil

Como fenômeno jurídico, na história mundial, embriões de sociedades já eram encontrados no direito babilônico, no direito fenício, no direito grego, dentre outros, sempre como via de fomento da atividade econômica.¹⁶⁸

No próprio direito romano, mesmo em seu período anterior à era cristã, sociedades de *publicani* (*societas publicanarum*) e com banqueiros (*argentarii*) eram vistas com razoável frequência.¹⁶⁹

Porém, é na Idade Média, quando a economia experimenta um de seus momentos exponenciais com o fortalecimento da atividade comercial, que surgem legislações denominadas estatutos das cidades comerciantes, como as italianas, modelando boa parte do formato das sociedades existentes hoje nos países civilizados.¹⁷⁰

¹⁶⁸ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*, p. 2.

¹⁶⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Força probante dos livros mercantis*, p. 11.

¹⁷⁰ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Lei das S.A.*, p. 33.

Impulsionadas pelo comércio medieval, surgiram naquele período as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples e as sociedade em conta de participação, todas elas destinadas, sobretudo, a atividades comerciais de pequeno e médio porte.

As sociedades anônimas, por seu turno, datam igualmente daquele período, mas eram reservadas para atividades comerciais de grande monta, razão pela qual, de início, vinculavam-se ao capital estatal, somente tendo feições puramente privadas em período posterior.

Mais adiante, sobretudo com a consolidação da atividade comercial desenvolvida não só por grandes comerciantes, mas, também por pequenos e médios empreendedores, reclamou-se para estes últimos um tipo societário menos complexo do que as companhias anônimas, mas dotado, como elas, de limitação de responsabilidade patrimonial pessoal dos sócios, fazendo brotar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.¹⁷¹

No direito pátrio brasileiro, igual cadência pode ser encontrada no desenvolvimento dos tipos societários.

Sociedades anônimas, inicialmente, tinham sua legislação e regras específicas definidas quando de sua constituição e eram vinculadas ao Estado, como o Banco do Brasil S.A ,fundado por alvará de D. João VI, em 1808. Sociedades de outra espécie, com exceção das limitadas, regradas até então por legislação esparsa, foram aglutinadas no Código Comercial de 1850, junto com as regras gerais das sociedades anônimas. Quanto às sociedades limitadas, somente em 1919, com o Decreto nº 3.708, houve a respectiva introdução no Brasil.

¹⁷¹ LUCENA, José Waldecy. *Op. Cit.*, p. 4.

Depois de diversas evoluções legislativas, o que se encontra atualmente é o Código Civil, uma lei ordinária¹⁷², revogadora da correspondente parte de direito societário do Código Comercial¹⁷³, bem como do aludido decreto das sociedades limitadas, incumbido-se o novo diploma de disciplinar todos os tipos de sociedades, com menção inclusive às sociedades anônimas e às de comandita por ações, as quais, no entanto, estão muito mais esmiuçadas em um outro diploma, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Note-se que estruturada assim a legislação societária, havendo, de um lado, o Código Civil, norma geral acerca das sociedades e, de outro, normas esparsas e, em alguns casos, até especiais, como a mencionada norma de 1976, não há como inferir-se a existência, hoje, de um microsistema societário no Brasil.

Microsistemas, conceitualmente, são compostos apenas por normas especiais reguladoras de uma única temática, o que acaba por vedar o uso desta denominação para o conjunto de normas reguladoras das sociedades no Brasil.¹⁷⁴

Entretanto, não há nenhum óbice a que se qualifique este conjunto de normas como sendo a essência do regime jurídico societário brasileiro, cuja composição, por ora, está centrada em legislação ordinária, porém, mais adiante, por conta de reflexões que ainda estão por vir, poderá alçar-se igualmente a níveis constitucionais.

¹⁷² BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

¹⁷³ Cf. artigo 2.045 do Código Civil.

¹⁷⁴ “O microsistemas jurídicos emergem da dinâmica das leis especiais e excepcionais, que, de um lado, rompem a lógica da generalidade e da indiferenciação, e, do outro, introduzem novos critérios de disciplina” *In*. PENA, Ana Maria Moliterno. *Microsistema: o problema do sistema no polissistema*, passim.

4.2. Sentido finalístico das sociedades em regimes jurídicos societários: dicotomia entre contratualismo e institucionalismo

A evolução do Direito, como ciência, vincula-se a permanente avaliação da finalidade que se espera da jurisdicização de uma realidade de fato.

Mantendo-se presente tal ponto de partida, será possível, sempre que modificado o mundo empírico, rever o que se deseja com aquela normatização, amoldando-se então o regramento jurídico à nova realidade detectada.

Com as sociedades, não é diferente.

Nesta linha, o regime jurídico societário no Brasil, assim como o de outros países inspiradores de seu ordenamento jurídico, apoiou-se de modo recorrente sobre duas diferentes vertentes finalísticas, qualificadas, respectivamente, como contratual e como institucional.¹⁷⁵

Não se confundindo com a distinção usualmente feita pelos comercialistas, tomando como referência a adoção de contratos ou de estatutos para a constituição de uma sociedade, tais vertentes revelam muito mais do que as diferenciações encontradas sobre o seu ato criador.

Respeitado o viés teleológico, com a adoção de uma ou outra dessas mencionadas vertentes, estabelecem-se quais os interesses que se pretende proteger nas sociedades, tanto para resguardá-los, como para estimulá-los. Definido isto, todo o ordenamento jurídico será direcionado para obter-se a proteção almejada.

¹⁷⁵ FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*, p. 26.

Feita a opção pela linha contratualista, o interesse que se quer proteger, nas sociedades, é precipuamente o interesse dos sócios atuais, e mais nenhum outro.¹⁷⁶ Ainda que reconhecida a existência de outras vontades ou interesses gravitando em torno das sociedades, a correspondente proteção sempre estará em nível hierárquico inferior à do interesse dos sócios, optando-se claramente, neste manifesto antagonismo, por proteger os sócios.¹⁷⁷

Igualmente, cabendo aos sócios definir o que se quer das sociedades, não há nenhuma prefixação positivada em lei que deva ser obrigatoriamente seguida. Incumbe aos sócios, e somente a eles, estabelecer livremente o objetivo a ser alcançado, desde que lícito.¹⁷⁸

As conseqüências irradiadas a partir da escolha do contratualismo como fonte inspiradora são bastante expressivas.

A mais importante delas é a blindagem criada ao redor da sociedade, dela escoimando qualquer risco de interferência de outros interesses que lhe sejam externos e exaltando-se em muito as vontades dos sócios.

Outra conseqüência, não menos importante, reside na escolha do próprio meio de criação e regulação dos interesses sociais, meio, aliás, que explica em boa parte a escolha da nomenclatura da própria vertente contratualista.

O contrato, espécie de negócio jurídico, assim como os seus demais elementos componentes, é marcado pelos princípios clássicos da autonomia da

¹⁷⁶ Tal pensamento doutrinário comporta variações, tendo como critério distintivo a exclusiva preocupação com os sócios atuais ou com sócios futuros. Mais adiante, será possível perceber que, em verdade, tal olhar sobre futuros participantes da sociedade, acaba por aproximar a corrente contratual do institucionalismo. FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁷⁷ JAEGER, Pier Gusto. *L'interesse sociali*, p. 90.

¹⁷⁸ FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 27.

vontade e da obrigatoriedade dos ajustes, com sua derivação de intangibilidade, além da relatividade dos efeitos.

Estabelecendo como fundamento das sociedades o contrato ou o estatuto, ato jurídico com natureza muito próxima a dos contratos, mostra-se evidente a intenção de utilizar aqueles princípios para privilegiar os interesses dos sócios.

A autonomia da vontade permite-lhes combinarem, com bastante elasticidade, o que mais lhes aprouver à satisfação de seus interesses, o que pode ser maximizado na medida em que forem menores os limites impostos pelo ordenamento jurídico a essa liberdade.

Por sua vez, o respeito inequívoco a essas vontades manifestadas no contrato deriva da intangibilidade dessas combinações frente a terceiros, inclusive frente a julgadores, aceitando-se, como exceção, apenas modificações combinadas por todos os sócios ou excepcionalmente dadas ao julgador, se capituladas em lei.

Este contratualismo, qualificado como clássico, evoluiu para versão mais moderna, na qual se prefixa, como interesse comum dos sócios, a maximização do valor de venda de suas ações ou quotas. O dado caracterizador desta visão está na manutenção da busca exclusiva, pelas sociedades, do interesse dos sócios, o qual, no entanto, não pode ser livremente combinado entre eles, atendo-se à valorização de sua participação societária.¹⁷⁹

A partir de tal visão, toda a estrutura organizacional da sociedade deve estar direcionada para atingir-se esse objetivo, devendo ser flexionado, portanto,

¹⁷⁹ JAEGER, Pier Gusto. *Interesse sociale rivisitato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, p. 806.

qualquer limite a tanto, como os padrões contábeis e as regras de responsabilidade dos administradores.¹⁸⁰

A edificação do contratualismo nestes termos pretendeu eliminar a crítica recorrente contra a versão clássica, ao restringir a liberdade de definição dos objetivos sociais, pretendendo também evitar que judicialmente fixassem-se objetivos não consentâneos com a vontade dos sócios.¹⁸¹

A visão institucionalista, de outra parte, altera significativamente o que se pensava até então como interesse social, concebido agora como função econômica de interesse público e não, apenas privado.¹⁸²

Sintetizada como a doutrina do *Unternehmen an sich*, também conhecida no Brasil como institucionalismo publicista, estava aparentemente centrada nas grandes sociedades anônimas, embora tenha-se percebido, mais adiante, que se tratava de um conceito amplo, autônomo, aplicável a quaisquer sociedades.¹⁸³

Reconhecendo na sociedade sempre uma instituição não redutível ao interesse dos sócios, o institucionalismo vislumbrava nas companhias a obrigatória finalidade de satisfazer boa parte das obrigações estatais, o que se explicava pelo momento econômico vivido em seu berço, a Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial.¹⁸⁴

¹⁸⁰ FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 30.

¹⁸¹ GAMBINO, Agostino. *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, p. 216.

¹⁸² FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 32.

¹⁸³ FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁸⁴ RATHENAU, *apud.*, FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 31. W. Rathenau, responsável pela formulação original do institucionalismo, via enorme importância das grandes sociedades na reorganização da economia alemã destruída após a Primeira Guerra Mundial, cabendo a elas gerar riquezas, empregos e tributos.

Como o Estado encontrava-se falido, caberia às sociedades promover e estimular a reconstrução do país, distribuindo renda aos seus sócios e empregados, suportando o custeio de suas necessidades básicas por meio de benefícios sociais e gerando receitas tributárias.

Para a garantia de satisfação de tudo isso, sem o risco da frustração dessas finalidades, deveriam estabelecer-se meios de controle externo atribuíveis ao Estado. Isto impediria que os sócios, internamente, ao dominarem as vontades sociais, conduzissem-nas em detrimento de outros interesses aí igualmente postos.

Almejando-se o distanciamento dos interesses privatísticos dos sócios, procurou-se identificar, na estrutura das sociedades, órgão neutro e independente, que pudesse zelar pelo interesse público, entendendo-se alcançá-lo com a ampliação dos poderes de administradores independentes da companhia e com a redução do poderio da assembléia geral aglutinadora dos sócios.

Sinteticamente, à semelhança da teoria contratual, lançava-se aí, mais uma vez, um antagonismo, porém com prevalência dada ao pólo oposto. Antes destinada a privilegiar seus sócios e nada mais, as sociedades posteriormente deveriam conceder muito mais guarida a outros interesses, vistos como coletivos, fazendo com que os interesses dos sócios a estes se subordinassem.

Curiosamente, o institucionalismo sofria críticas um tanto quanto paradoxais. De um lado, o fortalecimento dos gestores, embora coerente com a teoria, era apontado como permissivo de seu abuso, fruto da quase independência ostentada pelos administradores em face da assembléia de sócios e dos interesses dos minoritários.

De outro lado, exurgiam críticas contra a timidez da teoria, pois acreditava-se ser viável maior contundência na aplicação de seus fundamentos, em atenção à explícita existência de diversas outras categorias de interesses sociais, como a dos trabalhadores e a da coletividade na qual a sociedade estava inserida. A título de ilustração, questionava-se muito, em países como a Alemanha, a concessão da incumbência de gerir este conjunto amplo de interesses a um órgão, denominado *Vorstand*, intimamente ligado aos sócios controladores da companhia.¹⁸⁵

De tais críticas, pode-se dizer, é que derivou a evolução para uma concepção integrativa e organizativa do institucionalismo, a qual pretende não deixar de lado a preocupação com os interesses dos sócios, impondo, entretanto, a necessidade de sua harmonização com os demais interesses outros ali posicionados.

Sem o extremismo da teoria em sua formulação original, o institucionalismo integrativo reconhece um fim único a mover todos os sujeitos que se envolvem com as sociedades: a conservação da empresa.

Tal teoria ostenta duas características, o que permite adjetivá-la, a um só tempo, como organizativa e como integrativa.

Organizativa, porque estimula a reflexão sobre a mais adequada estrutura para a satisfação deste amplo interesse social de preservação da empresa. Integrativa, porque sugere a necessidade de cooperação de todos os sujeitos relacionados às atividades sociais para a conservação da empresa.

¹⁸⁵ JAEGER, Pier Gusto. *L'interesse sociali*, p. 47.

Nas décadas de 70 e 80 do século passado, a análise econômica do Direito trasladou, para as sociedades, o princípio da eficiência, vinculando, desde então, toda a coletividade de sujeitos ligados a ela na busca, não da preservação da empresa, mas da geração de riquezas, ainda que isso significasse prejuízo para um agente econômico específico.¹⁸⁶

Não obstante, Calixto Salomão, em repúdio a esta última visão institucionalista deveras influenciada pelos liberais da Escola de Chicago¹⁸⁷, vai um pouco além, sugerindo que o institucionalismo integracionista deva merecer avanço, por meio da aplicação da teoria do contrato-organização.¹⁸⁸ Basicamente, tal avanço estaria em substituir o anseio comum de preservação da empresa pela busca de uma organização eficiente, porém não com a conotação liberal.

Como ponto de partida, esta teoria vislumbra as sociedades como um feixe de contratos, que inclui desde os contratos entre os sócios até os contratos com trabalhadores, fornecedores e clientes.

Este feixe de contratos, havido em si mesmo como um contrato associativo, contrasta com contratos de permuta. Enquanto estes visam a criação de direitos subjetivos, os contratos associativos têm por efeitos jurídicos a criação de uma organização.

Esculpido deste modo, o contrato associativo reúne diversos sujeitos em sociedades, delineando como escopo único de todos eles a constituição de

¹⁸⁶ POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*, p. 24.

¹⁸⁷ FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 38.

¹⁸⁸ FILHO, Calixto Salomão. *A sociedade unipessoal*, p. 58.

organização hábil a distribuir riquezas entre todos os participantes, sejam eles sócios ou não, em clara alusão à uma eficiência distributiva.¹⁸⁹

4.2.1. Sentido finalístico das sociedades no regime jurídico societário pátrio: prevalência do contratualismo sobre espasmos de institucionalismo

Calixto Salomão, retratando a situação legislativa que se inaugurava no Brasil em 2002, com a promulgação do novo Código Civil, mas antes de sua vigência, nela vislumbrou alguns traços do institucionalismo; concluiu, porém, pela prevalência manifesta do contratualismo.

Não obstante, tal conclusão parece não se alterar, mesmo com vigência do Código Reale. Ao conceituar o contrato de sociedade, seu artigo 981 pressupõe que os figurantes obriguem-se entre si a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de uma atividade econômica, partilhando os resultados obtidos em decorrência.¹⁹⁰

Uma pluralidade reduzida apenas às pessoas dos sócios, unidos em torna da partilha de resultados entre si e não concertados em prol da manutenção e do aprimoramento da sociedade que constituíram, é marca típica do contratualismo.

De outra banda, a pré-existente Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976¹⁹¹, dispendo sobre as sociedades por ações, abriga indicativos conflitantes. Em algumas passagens, segue a direção do contratualismo, avançando em outras para o campo do institucionalismo.

¹⁸⁹ FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*, p. 42.

¹⁹⁰ BRASIL. *Código Civil*, art. 981.

¹⁹¹ BRASIL. *Lei Ordinária 6.404*, de 15/12/1976.

Estimular a concentração empresarial, como o fez a lei das sociedades anônimas, ao favorecer a formação de grupos de sociedades, sócias entre si, e agigantar as relações jurídicas entre sócios, faz com que os interesses dos terceiros ao seu redor sejam desprestigiados, tudo em clara alusão à vertente contratualista.¹⁹²

Na mesma linha, vai o diploma legal em comento, quando privilegia o exclusivo interesse dos sócios, estimulando a regulação de interesses dos controladores por instrumentos contratuais, como o acordo de acionistas.¹⁹³

Segue ainda idêntico caminho a volta da oferta pública de aquisição de ações em prol dos minoritários, assegurando a estes a valorização de suas participações sociais, em momentos como o de fechamento de capital ou de mudança do controlador, em típica sinalização do contratualismo moderno.¹⁹⁴

Em outras passagens, entretanto, pretendendo estimular a capitalização das sociedades por intermédio do mercado acionário, procura a lei garantir proteção aos investidores, com a institucionalização de poderes e deveres dos administradores e do grupo controlador.

É o que se extrai do artigo 116, parágrafo único, da citada lei, quando estabelece deveres genéricos para o controlador em face dos demais acionistas, dos trabalhadores e da comunidade onde atua a sociedade.

Note-se, entretanto, que até este momento, os indícios coletados para definir-se a opção feita no Brasil por uma ou outra vertente estão situados em legislação infraconstitucional, o que gera justificável receio do acerto de uma

¹⁹² BRASIL. *Lei Ordinária 6.404*, de 15/12/1976.

¹⁹³ BRASIL. *Lei Ordinária 6.404*, de 15/12/1976.

¹⁹⁴ BRASIL. *Lei Ordinária 6.404*, de 15/12/1976.

conclusão assim extraída, sobretudo em sistema normativo hierarquizado sob a Constituição Federal, posta em seu ápice.

Ademais, vigente que está o Código Civil nos dias de hoje, há inarredável obrigação de avaliá-lo mais acuradamente.

É que as previsões constitucionais, inequivocamente positivadas, de respeito à função social da empresa e da propriedade, ao lado de idêntica determinação constante do Código Civil no tocante aos contratos e também à propriedade, todas ajustadas ao figurino normativo denominado cláusula geral, podem ter estabelecido novo norte para o sentido finalístico das sociedades.

Ao lado da cláusula geral da boa-fé objetiva, aplicável aos contratos por determinação do Código Civil, a função social, disseminada entre os institutos básicos de qualquer sociedade, pode ter precipuamente conduzido o regime jurídico societário brasileiro a um estágio diferente do contratualismo.

4.3. Base comum das sociedades brasileiras: propriedade e contrato

No ordenamento jurídico brasileiro, as sociedades organizam-se e atuam, mediante a adoção e a operacionalização de dois fenômenos centrais ao Direito Privado: o da propriedade e o dos contratos.

Propriedade é, em conceito sintético, poder jurídico oponível *erga omnes*, instaurado sobre coisa (*res*), como tal entendendo-se o bem jurídico que, avaliável economicamente, não é comportamento de pessoa.

De um ponto-de-vista analítico, a propriedade é um feixe de poderes, quais sejam os de usar, gozar, dispor e reivindicar, todos eles, em regra, atribuíveis à titularidade do sujeito ativo do correspondente direito.¹⁹⁵

Recaindo sobre coisa, a propriedade pode instaurar-se tanto sobre as que são corpóreas, porque dotadas de existência empírica, como também sobre as incorpóreas, de existência puramente intelectual e, portanto, não captáveis pelos sentidos humanos.

Ora, a sociedade inequivocamente congrega ou pode congrega em seu âmbito não apenas o direito de propriedade sobre as mais variadas coisas, como também os outros direitos subjetivos reais, que dele derivam.

Sócios, de plano, são proprietários de frações representativas do capital social, as ações ou as quotas, coisas obviamente incorpóreas, cuja existência é fruto de exclusiva intelecção humana.

Demais disso, e independentemente da respectiva complexidade, sociedades organizam atividades econômicas. Tal organização, reconhecidamente uma coisa suscetível de avaliação econômica e atribuível com exclusividade a alguém, é passível de apropriação. Assim, sociedades são proprietárias de tal atividade organizada, tendo sobre ela os já mencionados poderes típicos do domínio.

Noutra perspectiva, já agora no que concerne aos contratos, a adoção desses negócios jurídico-patrimoniais é bastante ampla em matéria societária. De início, aliás, é por este instrumento que se cria quase que a totalidade dos tipos

¹⁹⁵ ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito civil*, p. 64.

societários, estando aí inclusas as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, a sociedade em nome coletivo e a sociedade em comandita simples.

Sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações, embora tenham sua organização inicial definida no estatuto, que igualmente resulta de manifestações acordes de vontade de inequívoca expressão econômica, valem-se de contratos ao longo de sua existência operacional. Para a regulação de acordo de acionistas, não é outro, com efeito, o meio de consolidá-lo, senão o contrato, instrumento esse hábil a compra e venda e a outras operações econômicas envolvendo valores mobiliários.

4.4. Sociedades simples ou empresárias: a divisão fundamental

4.4.1. Noções gerais da teoria da empresa

Durante a vigência do Código Comercial e a das normas jurídicas especiais reguladoras das sociedades limitadas e das sociedades anônimas, a divisão fundamental considerava primordialmente a atividade desempenhada pelas sociedades a partir da aplicação da denominada teoria dos atos do comércio.

Em se tratando de atividade de intermediação de mercadorias, conduzida com fito de lucro e habitualidade, tinha-se o que se qualificava como atos de mercancia, e sociedades que os praticavam reputavam-se sociedades comerciais. De outra banda, entretanto, tratando-se de atividade que, a despeito dos mesmos dados característicos, consistia em prestação de serviços, as sociedades que disso ocupavam-se eram consideradas sociedades civis. Complementava estas disposições a previsão legal que, desprezando a natureza da atividade

habitualmente exercida pela sociedade, impunha ser sempre comercial a sociedade anônima.¹⁹⁶

Note-se que dessa diferenciação extraem-se algumas conseqüências, sendo possível mencionar exemplificativamente algumas delas.

A primeira, consistente na identificação do órgão responsável pelo registro constitutivo da personificação jurídica das sociedades, pois que incumbia tal mister ao Registro do Comércio, executado pela Junta Comercial do pertinente Estado da federação brasileira, quanto às sociedades comerciais, ficando a cargo do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, existente nas várias Comarcas em que se distribuía a organização as sociedades civis. Estas, aliás, ao contrário das sociedades mercantis, não poderiam ser submetidas à concordata e nem à falência, admitindo-se apenas expediente análogo à quebra falimentar, denominado concurso de credores.

No entanto, mudança paradigmática deu-se com a vigência do atual Código Civil, que teve reflexos evidentes sobre o que se tinha até então como critério divisor das sociedades.

Foram aglutinadas as atividades habituais e lucrativas, civis ou comerciais, sob o manto único da teoria da empresa, não mais fazendo sentido diferenciar sociedades civis e sociedades comerciais, o que sugeria a ausência, doravante, de qualquer outra significativa divisão legal, não doutrinária, entre as sociedades.

Não foi essa, no entanto, a opção do legislador.

¹⁹⁶ MARTINS, Fran. *Op. Cit.*, p. 83.

Ainda que embasada na concepção de empresa, positivou-se uma distinção entre as sociedades simples e as sociedades empresárias, impondo-se a compreensão do significado dessa classificação.¹⁹⁷

O desate inicial para o entendimento da *mens legis* reside na própria compreensão do que seja empresa, tema já bastante discutido em países que adotaram, antes do Brasil, a teoria em questão.

Um dos pioneiros no definir *empresa* foi o italiano Alberto Asquini, que, reconhecendo-a inicialmente como fenômeno econômico, estabeleceu seu ingresso no sistema jurídico com formato multifacetário, obtendo-se disso várias e não apenas uma repercussão dentro do Direito.¹⁹⁸

Denominando-o, igualmente, fenômeno poliédrico, em alusão à figura geométrica com várias faces, o jurista italiano visualizou na empresa quatro vertentes: a subjetiva; a funcional; a patrimonial, também conhecida como objetiva; e a corporativa.

A vertente subjetiva envolve o que organiza e explora a atividade econômica, assumindo o risco inerente a ela, isto é, o empresário, seja ele pessoa física, seja ele pessoa jurídica.

Já a vertente funcional equivale à própria atividade econômica, que é abstrata, sem existência física, mas que se concretiza por meio de uma série de atos

¹⁹⁷ MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*, p. 42.

¹⁹⁸ ULHOA COELHO, Fábio. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 2.

racionais e seriais, organizados pelo empresário, com vistas à produção ou à circulação de bens ou serviços.¹⁹⁹

A terceira face, objetiva, liga-se à concepção do conjunto de coisas afetadas para atividade econômica, em clara alusão à idéia de coisa coletiva, como o patrimônio, revelando-se a especialidade e a necessidade desse conceito para o empresário.

A quarta vertente, por fim, revela as pessoas agregadas para o desempenho das atividades, o empresário e seus empregados, ou em uma visão mais moderna, seus colaboradores, todos reunidos, e com funções adequadamente distribuídas na organização, para obter-se o resultado lucro.

Pondera Fábio Ulhoa Coelho que, no sistema jurídico pátrio, nem todos esses perfis adentraram, tal como identificados e denominados por Asquini, notadamente se observada a respectiva positivação jurídica no Brasil.²⁰⁰

Alguns deles, como é o caso dos que se manifestam nas vertentes subjetiva e objetiva, nada mais traduziriam do que a noção de empresário, sujeito de direito, e a de estabelecimento empresarial, para o que, no Direito pátrio, foi reservado tratamento próprio.²⁰¹

O perfil corporativo, quando se lastreia em comunhão de interesses entre capitalista e proletariado, acabaria por não encontrar guarida no Direito, sobretudo, pela utopia dessa pretensa união.²⁰²

¹⁹⁹ ULHOA COELHO, Fábio. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 3.

²⁰⁰ ULHOA COELHO, Fábio. *Ibid.*, p. 6.

²⁰¹ ULHOA COELHO, Fábio. *Ibid.*, p. 5.

²⁰² ULHOA COELHO, Fábio. *Ibid.*, p. 5.

Restaria, assim, legalizada nos moldes do que pensou Asquini, a vertente funcional da empresa, considerando-a uma atividade, como resulta do artigo 966 do atual Código Civil.

Esse dispositivo, não se limitando a contemplar tal atividade, foi além e fixou-lhe outras características, como a do respectivo caráter econômico, adicionando-lhe a concepção de organização, tudo direcionado à produção e circulação de bens ou serviços.

O caráter econômico vincula-se à busca do lucro pelo empresário, como uma finalidade em si mesma e não como simples instrumento para atingir-se finalidade diversa. Em outras palavras, a conquista do lucro é de rigor para a manutenção de qualquer atividade, sob pena de não se conseguir nela prosperar. Nada obstante, em vez de se tê-lo como meta final, pode ser de interesse obtê-lo para realizar, por exemplo, alguma finalidade benemerente.²⁰³

Um raciocínio mais precipitado levaria a conclusão que o divisor de águas entre o que seria empresa ou não estaria esgotado em tais considerações, estabelecendo-se que a simples falta de um dos elementos de empresa remeteria aquela atividade ao regramento oposto, dos profissionais intelectuais e sociedades simples.

Porém, ainda é imperioso que aprofunde-se a questão, debruçando-se sobre a complexidade da organização.

²⁰³ ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de Direito Comercial*, p. 13.

4.4.2. O melhor critério distintivo: organização complexa ou não complexa

Em relação à organização, indubitavelmente, a problemática demanda maior reflexão, pois parece estar aí a real qualificação do que seja a empresa e o que não assim mereça tal qualificação.

Organizar, em avaliação simplista, equivaleria, para o empresário, à tarefa de articular os fatores de produção, quais sejam capital, mão de obra, insumos e tecnologia, de tal modo a obter o melhor resultado da atividade em que empregados. Neste passo, caso ausente qualquer um dos fatores apontados, não se teria organização e, pois, atividade de empresa, ainda que presentes os demais elementos caracterizadores.

De modo mais aprofundado, a organização empresarial seria o fruto da reunião de outras duas organizações: a pessoal e a real.²⁰⁴

Entende-se como organização pessoal a aglutinação de trabalho alheio feita pelo empresário, inserindo-o na atividade, para a produção ou para circulação de bens e serviços.

Por sua vez, a organização real, também conhecida como *azienda*²⁰⁵, exige a articulação de bens corpóreos e incorpóreos, sendo demandada, pelos seus mais árdios defensores, também a existência de um estabelecimento empresarial, que, não bem desenvolvido ou inexistente, suprimiria ao sujeito de direito o *status* de empresário.²⁰⁶

²⁰⁴ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & função social*, p. 130.

²⁰⁵ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Op. Cit.*, p. 135.

²⁰⁶ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, p. 135.

Curioso notar, entretanto, que alguns questionamentos sugerem que não seja este o caminho adequado para se alcançar a distinção pretendida entre o que é e o que não é empresa.

O Direito Pátrio, ao definir o antônimo do empresário e, por conseqüência, o oposto do fenômeno da empresa, admitiu que quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística possa ainda assim contar com colaboradores ou auxiliares (Código Civil, art. 966, parágrafo único), o que parece fazer referência a uma das faces da empresa, exatamente a face corporativa sugestiva de organização.

Ademais, parece estranho que um profissional dedicado aos misteres do intelecto, tendo como escopo a obtenção de lucro, prescindia de reunir recursos, insumos e tecnologia, associados ou não à auxiliares e a colaboradores, o que, decerto, muito o ajudaria a lograr êxito nessa sua empreitada.

Soa, igualmente, incompreensível concluir-se que a lei estimularia, e até obrigaria, caso não se desejasse ser empresário que se desenvolva atividade econômica sem mínima organização.

Empresário ou não, qualquer sujeito que pretenda auferir ganhos de atividades econômicas certamente deverá ter um mínimo de organização, inclusive articulando, se necessário, os já aludidos fatores de produção.

Logo, há de se aprofundar o conceito de organização de maneira mais clara e mais elaborada.

Nesta linha, será mais eficaz ter a concepção do que seja ou não seja empresa, dando a organização leitura diversa e mais próxima da idéia de

complexidade. Tendo-a como pano de fundo, o que haverá de definir se um sujeito de direito é, ou não, empresário, além das demais características já propaladas, será a constituição, ou não, de uma organização mais ou menos complexa.

Esta complexidade, de definição aparentemente subjetiva, no entanto, pode ser medida com alguma facilidade, levando-se em consideração o grau de eficácia da organização empregada na reunião dos meios de produção.

A partir deste critério, será empresária a atividade dotada de complexidade que exceda a capacidade laborativa do profissional intelectual. Nesta linha, a organização consegue resultados que vão além dos resultados que conseguiria o profissional intelectual desprovido dela. De outro lado, será profissional intelectual aquele que, embora tendo ao seu lado uma organização, esta não lhe amplia a capacidade laborativa.²⁰⁷

Feitas tais considerações, resta clara a distinção entre sociedades empresárias e sociedades simples. Enquanto a sociedade empresária é dotada de organização, que obtêm resultado que vai além da simples capacidade de trabalho de seus sócios, a sociedade simples não possui organização apta a gerar tal ganho, embora possua alguma organização.

O mínimo organizacional pode estar na junção apenas de equipamentos, bens corpóreos e incorpóreos, empregados e colaboradores, estando sempre presente em qualquer sociedade com maior ou menor intensidade.

Quanto mais complexa a organização, maiores serão os interesses que circundam a sociedade, vindo o contrário a acontecer quanto menos complexa for a atividade econômica.

²⁰⁷ OPPO, Giorgio. *Diritto Dell'impresa*, p. 282.

Nenhuma norma jurídica acerca das sociedades pode ignorar estas variações, sobretudo aquelas que abordam o fenômeno societário em sua regulação geral, e não específica, pois que devem incidir ajustadas à proporção da atividade econômica encontrada, sob pena de consagrarem interesses ausentes ou deixarem de lado outros, de fato presentes.

4.5. Cláusulas Gerais aplicáveis ao regime jurídico societário brasileiro: função social e boa-fé

4.5.1. Função social da propriedade, dos contratos e da atividade econômica relacionadas às sociedades

Consoante a previsão do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal²⁰⁸, a propriedade, sem que tenha sido feita qualquer distinção quanto à corporeidade ou não de seu objeto, deverá atender à sua função social. Semelhante comando encontra-se no artigo 1.228 do Código Civil²⁰⁹, que estatui a obrigação do exercício da propriedade em consonância com a sua finalidade econômica e social.

O artigo 421 do Código Civil igualmente ordenou, sem ressalvas, que a liberdade de contratar fosse exercida em razão e nos limites da função social do contrato.²¹⁰

Note-se que esta previsão, embora no Brasil esteja cristalizada em regra jurídica constante de capítulo específico acerca dos contratos em geral, é indutivamente extensível a todos os negócios jurídicos de índole patrimonial, pois

²⁰⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º.

²⁰⁹ BRASIL. *Código Civil*, art. 1.228.

²¹⁰ BRASIL. *Código Civil*, art. 421.

que, nestes, como naqueles, há manifestações de vontade acordes e orientadas à obtenção de resultados econômicos.

Gênero e espécie, negócio jurídico e contrato, respectivamente, possuem o elemento vontade em sua composição, elemento esse cujos limites foram redefinidos pela nova ordem do Direito Privado, agora mais próxima do Direito Público. Assim, não é equivocado sustentar que o comando de socialização dos contratos é dirigido não só a eles, mas para todo o âmbito obrigacional, abarcando qualquer negócio jurídico em tal seara.²¹¹

A empresa, enquanto atividade, também está pautada pela função social, havendo norma jurídica que o preceitua, embora isto não se evidencie em uma análise apenas superficial, já que falta dispositivo explícito.²¹²

Inúmeros argumentos, porém favorecem tal compreensão, inclusive em direção mais ampla do que simples função social da empresa.

A primeira evidência decorre da presença da propriedade na esfera empresarial, pois que a atividade de empresa, exercida por quem a organiza e controla, seja o empresário individual, seja a sociedade empresária, há de lidar com a propriedade em consonância com a sua função social.

Não bastasse isso, há também o claro comando de que a livre iniciativa, assim compreendido o desenvolvimento de atividades econômicas por particulares, há de ter valor social.²¹³

²¹¹ JORGE JUNIOR, Alberto Gasson. *Op. Cit.*, p. 85.

²¹² JORGE JUNIOR, Alberto Gasson. *Op. Cit.*, p. 109/111.

²¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 1º, inciso IV, e art. 170.

É imperioso, pois, retomar a idéia da socialidade da empresa, para melhor ajustá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como aos preceitos orientadores da Economia, máxime tendo-se em vista o princípio constitucional assegurado da livre iniciativa.

Claro é que atividades econômicas não se circunscrevem à esfera da empresa, sendo possível perseguir-se a obtenção de lucro sem a complexidade daquela. Prescinde igualmente de qualquer estatística a evidência de que, entre nós, inúmeros são os profissionais intelectuais, que atuam sem o amparo de estrutura empresarial.

Decerto a Constituição Federal, afeiçãoada a anseios sociais até então represados ao longo do regime pouco democrático que sobreviveu até a sua promulgação, não ignorou essa mencionada realidade.

Qualquer atividade econômica, por mais singela que seja a estrutura em que se desenvolve, opera em ambiente coletivo, nele produzindo repercussões maiores ou menores, o que, por óbvio, impõe respeite a sua função social.

Descortina-se, como comando jurídico incontornável, o do atendimento à função social da atividade econômica, e não apenas da empresa, porque é aquela muito mais ampla e ensejadora de enorme variedade de meios endereçados à conquista do lucro.

4.5.1.1. Função social da sociedade: sublimação da função social da propriedade, dos contratos e da atividade econômica

Considerando que sociedades articulam-se, como já antes dito, aplicando as noções de propriedade, contratos e atividades econômicas, inarredável que a obrigação de tais institutos atenderem a função social gera reflexo bastante claro no regime jurídico societário.

Pode-se depreender dessa tríade, uma cláusula geral sintetizadora e abrangente, nomeável como a cláusula geral da função social da sociedade.

Embora não escrita, nem dotada da literalidade que se recomenda à espécie, a função social da sociedade é plasmada, com facilidade, a partir das previsões constitucionais atinentes à propriedade e à atividade econômica, às quais se soma previsão legal atinente aos contratos.

Trata-se de cláusula geral do tipo restritiva, porque fixa limites aos outros interesses particulares abarcados por ela na medida em que os interesses da coletividade devem ser também atendidos.

Ademais, tal cláusula geral possui índole constitucional, já que se deflui de normas constitucionais, o que não deixa dúvidas acerca de seu caráter imperativo, cuja incidência não pode ser afastada pela vontade das partes.

Restam, finalmente, pontos importantes de equacionamento dessa cláusula geral.

Sua hipótese de incidência, em face de sua característica fundamental, é vaga, faltando-lhe, além disso, preceito normativo, o que estimula discussão sobre critérios de preenchimento de tão ampla vagueza.

Também é necessário estabelecer quem está sujeito a tal cláusula, definindo-se quem são os seus destinatários, quer porque podem invocá-las na defesa de seus interesses, quer porque estão obrigados a respeitá-la.

Serve a tudo isso a construção teórica de Niklas Luhmann a respeito do seio coletivo, de seus sistemas componentes e dos elos que ligam tais subsistemas entre si.

4.5.1.1.1. Estática da cláusula geral da função social das sociedades

4.5.1.1.1.1. Função social do Direito e de seus institutos: a leitura de Niklas Luhmann

4.5.1.1.1.1.1 Sociedade/Ambiente: o dualismo, ponto de partida da teoria de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann, sociólogo por formação, dedicou-se de maneira precípua, em sua carreira acadêmica, a repensar o conceito e a conseqüente constituição da Sociedade, disto resultando a sua teoria dos sistemas. Essa teoria, embora complexa, tem como origem o simples conceito de diferença.²¹⁴

Para o autor em comento, que se vale do binômio todo/parte, sempre que se distingue um ponto do todo, ressalta-se uma diferença entre o ponto marcado e o remanescente do todo, entendido como ambiente²¹⁵.

Portanto, demarcado o sistema social, apontando-se o dado que o diferencia, ficará patente que ele não se confunde com tudo o mais que caracteriza o mundo e seus componentes.

Com o dualismo sistema/ambiente, pode-se identificar na Sociedade uma operação típica dela, não presente, porém, no resto do ambiente. É a operação

²¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema, Jurídico e Decisão Judicial*, p. 67.

²¹⁵ “Para que algo pueda ser designado (resultado, tematizado), debe ser, em primer lugar, distinguido.” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 80.

com lastro na comunicação, e essa malha comunicativa não está presente em outros sistemas²¹⁶, tais como o sistema psíquico ou orgânico, o que torna a Sociedade algo peculiar.

Luhmann justifica sua escolha pelo ato de comunicar, como fator de diferenciação, já que esse exige a presença de mais de um indivíduo, não podendo ter lugar isoladamente, e, sim, apenas em Sociedade, local que reúne pessoas e, pois, permite a comunicação entre elas.

Tais operações comunicativas sempre sintetizam três seleções: emissão ou expressão (ato de comunicar - *Mitteilung*), informação (*Information*) e compreensão (*Verstehen*)²¹⁷. O conjunto ou o processo de sucessivas comunicações forma uma rede recursiva que define a unidade do sistema social²¹⁸.

Percebe-se, diante dessas ponderações, que os seres humanos, para Luhmann²¹⁹, não são os elementos centrais e distintivos da Sociedade, sendo-o, repita-se, a comunicação travada por eles.

O homem não deixa de ser importante para Luhmann. Porém, em razão das expressivas diferenças entre cada um deles, não se podem edificar construções científicas generalizadas, impondo-se recorrer a algo que aconteça em comum entre eles, a comunicação.

²¹⁶ No original se lê: “La teoría de la sociedad creada por Luhmann considera que la comunicación es la operación elemental sobre la que se construye la complejidad societal.” DARIO, Rodriguez M. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*, p. 23.

²¹⁷ GUIBENTIF, Pierre. *A Comunicação Jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional*, p. 181.

²¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema, Jurídico e Decisão Judicial*, p. 69.

²¹⁹ Campilongo destaca que Luhmann é muito criticado ao determinar que os seres humanos são externos ao sistema social, em razão da quebra, por essa posição, de inúmeros postulados da teoria social. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema, Jurídico e Decisão Judicial*, p. 66.

Quanto maior o número de meios de comunicação, mais rapidamente e com muito mais frequência, as pessoas puderam trocar informações, idéias, dados, tudo de modo a ampliar o número de operações comunicativas de uma Sociedade cada vez mais evoluída.

4.5.1.1.1.2. Princípios das operações comunicativas da Sociedade e a autopoiesis do sistema social

As operações comunicativas acontecidas na Sociedade lidam com três conceitos fundamentais, na teoria de Luhmann: complexidade, contingência e seletividade.

A complexidade²²⁰ corresponde ao excesso de possibilidades que uma dada situação apresenta, podendo ser reduzida pela seleção ou escolha de uma ou de algumas dessas possibilidades, o que explica a seletividade²²¹. Tal escolha pode ser feita hoje, mas, modificada amanhã, tudo a evidenciar que contingências²²² sugerem a eleição de uma via em um momento, podendo alterá-la ato contínuo.

O sistema social, destarte, considerando que o mundo não é composto apenas pelo sistema social, havendo outros, como o biológico e o psíquico, já é, em si, uma redução da complexidade do citado universo, na perspectiva do dado que o diferencia, a comunicação. A partir daí, frente às diversas opções de comunicação existentes no seio social, selecionam-se, pela contingência, uma ou algumas

²²⁰ Un sistema surge em la reducción de la complejidad y, de este modo, la complejidad. Existe una gradiente de complejidad entre el sistema y su entorno. Un sistema surge en la reducción de la complejidad y, deste modo, la complejidad no es un peligro ni una dificultad para el sistema, sino su condición de posibilidad. DARÍO, Rodríguez M. *Op. Cit.*, p. 29.

²²¹ La forma de reducir la complejidad del entorno consiste em aumentar el numero de estados posibles del sistema y en definir barreras de entrada para los estados del entorno. Em outras palabras, se trata de la selectividad respecto a las propias relaciones internas entre los elementos del sistema. DARÍO, Rodríguez M. *Op. Cit.*, p. 30.

²²² "Contingencia es – al mismo tiempo – libertad de elección, pero obligación de elegir." DARÍO, Rodríguez M. *Op. Cit.*, p. 30.

operações comunicativas em detrimento de outras, as quais poderão, no futuro, ser escolhidas.

Recheado de operações comunicativas, o sistema social é um sistema autopoietico²²³, um sistema que se auto-alimenta com comunicação, gerando mais comunicação, sem qualquer outro dado senão a comunicação. Posiciona-se, destarte, como algo hermético em sua dimensão operativa, já que operações de outras espécies lá não acontecem.

Ser fechado operativamente, destaque-se, não gera como consequência automática ter-se um sistema harmônico e nem desmente a já constatada ausência de determinismos naturais dentro da Sociedade. Ao revés, Luhmann defende que a Sociedade é complexa, porque a ela se apresentam inúmeras possibilidades ou caminhos, que, paradoxalmente, multiplicam-se, quando se fazem escolhas a cada vez que se intenta reduzir a complexidade.

As contingências são uma constante, no sistema social, o que afasta a possibilidade de harmonia e exalta a permanente colocação do caos. Destarte, relações de causalidade social ou individual da espécie *input* ou *output*, como as apresentadas por uma máquina trivial, não estão presentes no interior do sistema social²²⁴.

Outrossim, como não opera de maneira causal, resta clara a inaptidão da Sociedade para corrigir todos os problemas que a ela se apresentam, pois, diante das soluções para tais questões, são inúmeras as hipóteses de equacionamento, e a

²²³ “E a auto-referência ou autopoiesis do sistema consiste nessa auto constituição continuada do próprio sistema, através de suas próprias operações, que faz com que toda operação com o meio seja uma operação dentro do sistema, uma operação do sistema consigo mesmo, uma determinação de novos elementos próprios a partir de seus próprios elementos.” AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*, p. 316.

²²⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema, Jurídico e Decisão Judicial*, p. 67.

escolha de uma via contenta a alguns, mas descontenta a outros, o que permanentemente exige reflexão, novas comunicações e novas escolhas.

Posto que operativamente fechado, o sistema social, porque inserto em um ambiente, acaba por sofrer influências do que o cerca, ou como diz Luhmann, experimenta irritações vindas daquilo que lhe é externo, porém, nem por isso modifica-se a operação que o distingue.

4.5.1.1.1.3. Generalidades dos subsistemas sociais

Embora a Sociedade seja marcada por comunicação, essa, internamente ao sistema, pode ser de diferentes espécies, o que permite afirmar que, no seio social, há subsistemas ou sistemas parciais.

Em verdade, o que está em voga, como critério distintivo, é que tais subsistemas diferenciam-se em razão da função peculiar de cada um dentro da Sociedade. Outros sociólogos também o constatarem, mas Luhmann o desenvolve e aprofunda, denominando-o diferenciação funcional²²⁵.

Ademais, cada um desses subsistemas, além de sua específica função, é dotado de código, programa e núcleo peculiares.

O código é sempre um sistema binário, que caracteriza a comunicação de cada um dos subsistemas²²⁶. O programa viabiliza a implementação do código típico do subsistema, e é executado pelo respectivo núcleo.

²²⁵ GUIBENTIF, Pierre. *Op. Cit.*, p.176.

²²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema, Jurídico e Decisão Judicial*, p. 66.

Todos esses subsistemas são, à semelhança do sistema social, autopoieticos e passíveis de serem observados, pois, estando situados no contexto social, podem ser vistos de fora para dentro, o que Luhmann afirma ser uma observação de segunda ordem.

Apesar disso, embora fechados operativamente, os subsistemas, consoante o pensamento luhmaniano, são cognitivamente abertos em relação ao ambiente, de tal forma que eventuais movimentações externas poderão repercutir internamente. Eles, assim, não perdem sua clausura operativa, fechados e ocupados com sua evolução interna, mas desenvolvem sua sensibilidade para com o ambiente circundante²²⁷.

Tal abertura, entretanto, não é irrestrita e sem limites. Ao contrário, ela se verifica através de pontos de contato bem delimitados, que se denominam acoplamentos estruturais²²⁸.

Aludindo a bolas de bilhar, Campilongo explica o citado conceito. Quando lançadas na mesa de jogo, duas esferas, chocando-se simultaneamente, conservam sua independência, porém, não deixam de sofrer as conseqüências do respectivo impacto, podendo, cada uma com suas peculiaridades, assimilar os ruídos decorrentes da batida.

Assim como as bolas, os subsistemas, entre si, através dos acoplamentos, esbarram um no outro. Disso decorrem não só pontos de contato, como também a delimitação desse resvalo.

²²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, p. 73.

²²⁸ "Las formas del acoplamiento estructural son, por lo tanto, restrictivas y facilitan con ello la influencia del entorno sobre el sistema." LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 509.

Tais pontos, concomitantemente, estabelecem elos entre eles, assim como fixam que não haverá outras vias de interação. Frise-se, outrossim, que não se rompe o fechamento operativo de cada um dos subsistemas, pois as aludidas interações, quando acontecem, desdobram-se nos moldes comunicativos típicos de cada sistema.

Com a adoção dessas formas de ligação assimétricas e simultâneas de contato²²⁹, os subsistemas desencadeiam um processo de aprendizagem com o ambiente, recebendo informações externas a ele, as ditas irritações, sem, no entanto, romper com a sua clausura operativa, já que captam tais situações, usando de suas operações comunicativas típicas, aplicando-se códigos e programas peculiares.

Vistas as mais expressivas características desses subsistemas sociais, impõe-se nomear os mais relevantes dentre eles. São os conjuntos político, econômico e jurídico.

4.5.1.1.1.4. Subsistemas sociais em espécie

A Política tem por finalidade a vinculação da coletividade às decisões que entenda relevantes para o seu futuro, assim fazendo com o código maioria/minoria ou governo/oposição, que pode ser executado com programas teleológicos, tudo irradiando-se a partir do Estado, seu núcleo²³⁰.

²²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, p. 66.

²³⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, p. 71.

Preocupado em administrar a escassez, o sistema parcial da Economia tem por função o cálculo de custo/benefício, através do código ter/não ter, satisfeito com programas de preços geridos pelo seu núcleo, o Banco Central.

Em relação à função do Direito, Luhmann sustenta, naturalmente, que se trata de uma função dentro do contexto da Sociedade, como algo interno e dela componente e não, algo externo. Assim, exclui sua função atrelada ao próprio homem, como indivíduo isolado e dotado de consciência, refutando explicações antropocêntricas ou psicológicas, agora para o Direito²³¹.

Não admite, ademais, uma função instrumental de controle ou de transformação social para o Direito. Segundo a perspectiva luhmaniana, o Direito serve à Sociedade, seu ambiente, mas não tem competência para definir os rumos dela, incumbência essa do sistema político.

Logo, para o sociólogo em tela, resta conferir ao Direito apenas a realização de operações comunicativas em uma dimensão temporal. Trata-se de conservar no tempo as expectativas sociais, mediante a generalização congruente das expectativas normativas²³².

Para entender a definição luhmaniana, faz-se necessária a compreensão do conceito de expectativa e de suas variações.

A expectativa, anseio do homem diante dos desdobramentos futuros de uma situação, pode ser normativa ou cognitiva. Enquanto esta última caracteriza-se,

²³¹ “La pregunta acerca de la función del derecho se plantea aquí en relación con el sistema de la sociedad. Dicho de otra manera: se trata de ver que problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema jurídico especial. Por eso quedan excluidas, por sobre todo, las preguntas psicológicas y antropológicas.” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 181.

²³² “En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social.” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 188.

diante de sua frustração, por ser adaptativa, ou seja, por adaptar-se ou aprender com a nova situação posta, a primeira delas é contra-fática.

As expectativas normativas não se adaptam às frustrações²³³. Elas, ao contrário, quando não atendidas, conservam-se no tempo tal qual iniciadas, sem ajustar-se ao novo cenário social.

O Direito caracteriza-se por se preocupar com as expectativas normativas e não, com as cognitivas. Exemplo disto é o fato de alguém, não recebendo um crédito, poder continuar a identificar no subsistema jurídico meios de lograr o recebimento esperado. A comunicação jurídica reserva-se, não para fazer com que o pagamento aconteça, mas apenas para garantir que a expectativa a respeito se mantenha temporalmente acesa e agora estável.

Tal expectativa normativa não deve ser, entretanto, individual. Ela deve ser generalizada a todos os idênticos casos que surjam. Um sistema será dotado de “generalização”, quando subsistir independentemente de eventos individuais.²³⁴

Ademais, as expectativas normativas devem ser generalizadas de maneira congruente. Tal congruência possui tríplice dimensão: a temporal, a social e a material, estando todas elas, entre si, conectadas.

No que concerne à dimensão temporal, ela nada mais é do que a revelada necessidade de se conservar uma expectativa ao longo do tempo. Daí, mais uma vez enfatizar-se que o caráter temporal do Direito não está na vigência das normas inclusas ou excluídas de um sistema por expedientes específicos, mas,

²³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, p. 19.

²³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, p. 19.

sim, reside na contínua tentativa de estimular a satisfação do que se preconizou no plano jurídico.

Quanto à dimensão social, esta significa uma certa adesão da Sociedade às expectativas normativas generalizadas e asseguradas no tempo. Deve haver um mínimo de consenso quanto às expectativas normativas protegidas, sem que se imponha uma unanimidade.

O consenso mínimo esperado, porém, diz respeito não ao conteúdo das decisões ou das normas jurídicas; o que se espera é a adesão às regras do jogo, aos procedimentos e às decisões futuras, tornando-se legítimo o correspondente conteúdo das decisões, caso as regras previamente estabelecidas como reguladoras da criação e aplicação do Direito forem consensuais. Havendo, em outras palavras, a institucionalização dos procedimentos²³⁵, isso sugere segurança jurídica, frise-se, não quanto ao conteúdo, e, sim, no que concerne aos meios de tomada de decisões.

Aos programas, de todo modo, compete implementar o código do sistema jurídico, o binário lícito/ilícito, direito/não direito, viabilizador da technicalização, assim entendida a condição necessária para tomada de uma decisão racional.

Conceitualmente, qualificando-o como a impossibilidade do terceiro excluído, Luhmann sustenta inexistir algo que esteja dentro do sistema jurídico e não esteja encaixado dentro de um dos pólos daquele código.

²³⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, p. 19.

Diante da relevância da autopoiesis para a teoria dos sistemas de Luhmann, não é demais recordar ser o sistema jurídico também fechado cognitivamente, nele só se verificando comunicação jurídica e nada mais.

Porém, deve ser recordado também que o subsistema jurídico se relaciona com os demais através de acoplamentos estruturais, quando vislumbra realidades que sirvam a ele e a outro subsistema.

4.5.1.1.1.5. Acoplamentos estruturais entre Direito e Economia

Tais acoplamentos estruturais do Direito, em verdade, podem ser caracterizados como a via pela qual este subsistema se abre aos eventos externos a ele, processando-os ao seu modo, com a aplicação de linguagem jurídica.

Em outras palavras, a maneira pela qual o Direito realiza sua função social consiste nos contatos feitos com a Sociedade e seus demais sistemas parciais como o econômico e o político, através dos acoplamentos estruturais. A Sociedade demanda o Direito e ele, irritado, processa a questão, devolvendo à Sociedade uma resposta ao que se demandou.

De acordo com Niklas Luhmann, contrato e propriedade são acoplamentos estruturais entre Direito e Economia, porque tais institutos encaixam-se às operações comunicativas afetas a estes dois sistemas.²³⁶

Propriedade é conceito elementar da economia, porque seu código ter/não ter é satisfeito com a atribuição da propriedade dos bens jurídicos para um em detrimento de outros, realizando, assim a sua função de administrar a escassez.

²³⁶ LUHMANN, Niklas. *Op. Cit*, p. 525.

Já o Direito, visualizando na propriedade uma vantagem dada a alguém em face de um bem jurídico, procura garantir no tempo a expectativa de poder-se gozar de todo o conteúdo desta posição diferenciada pelo proprietário, inclusive o seu poder de se desfazer dela.

O contrato desempenha a tarefa de aproximar os citados subsistemas, em razão de sua aptidão para compreender as operações comunicativas de lado a lado e, a partir de então, organizar as recíprocas irritações, coordenando os modos como cada um deles processará as modificações suscitadas pelo choque havido.

De um lado, o contrato serve à Economia, já que ele é um dos meios de administração da escassez, procurando atribuir bens jurídicos a alguns e retirando esses mesmos bens jurídicos de outros.

Ademais, com ele é possível reunir esforços para obtenção de bens jurídicos, o que não seria viável isoladamente, mais uma vez buscando regular a distribuição destes mesmos bens.

Pelo ângulo jurídico, contratos bem se amoldam à noção de programa do subsistema jurídico, pois, com sua estrutura encadeada sob o “se” e o “então”, situam aquilo que deve ser atraído pelo código em sua esfera lícita e aquilo que deve ser direcionado para o ilícito²³⁷.

Se olhado pelas lentes da Economia, a questão do preço, a da qualidade do produto ou do serviço, ou a da apuração do lucro são de enorme relevo. Mas, pelo viés do Direito, são importantes a licitude do objeto, a capacidade das partes ou a forma que deve pautar sua constituição.

²³⁷ El programa condicional establece las condiciones de las depende si algo es conforme a derecho (o no-conforme).” LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.*, p. 256.

Nesse diapasão, concretizado, por exemplo, no sistema econômico, o não pagamento do preço, isso provoca reação imediata no Direito em razão da frustração das expectativas normativas de pagamento.²³⁸ Essa reação, no entanto, acontece sempre com operações comunicativas da espécie jurídica, desencadeando, por exemplo, o uso da ação judicial e da constrição forçada de bens ou prevendo cabal indenização, sempre com o objetivo de sustentar a esperança de recebimento. Em contrapartida, ao Direito é de nenhum relevo saber se o negócio foi lucrativo, oportuno ou conveniente.²³⁹

Considerando a constante realização de comunicações em cada um destes subsistemas, envolvendo propriedades e contratos, é cabível inferir que o Direito, a cada nova seleção feita pela Economia no exercício de sua função, experimentará novo reflexo quanto à disciplina jurídica da propriedade e dos contratos, sendo o inverso igualmente verdadeiro.

Note-se que está longe de ser correta qualquer afirmação tendente a sugerir prevalência de um sistema sobre o outro, intuindo-se haver prevalência da Economia sobre o Direito ou admitindo-se o inverso como possível. Lembre-se que os sistemas em questão conhecem apenas suas operações típicas em face de sua autoações operativas, assimilando esses estímulos externos com o uso da sua própria comunicação.

²³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. Cit.*, p. 97.

²³⁹ Campilongo adverte que, entretanto, pode haver casos nos quais se tenha repercussão jurídica diante de uma fraude, por exemplo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. Cit.*, p. 97.

4.5.1.1.1.2. Definição da hipótese de incidência e do preceito normativo

Considerando, de um lado, a construção teórica de Luhmann sobre a Sociedade, e, de outro, o que já se compreendeu como consequência da socialização do Direito Privado brasileiro, fica bastante facilitada a fixação de critérios para preenchimento da hipótese de incidência da função social das sociedades.

A imposição de abertura do Direito às vontades sociais, ordenada pelo princípio da socialidade, faz com que se tenha a obrigação de simultaneamente satisfazer os interesses dos particulares e a vontade coletiva.

Por sua vez, Luhmann clareia que o Direito, voltado ao seu ambiente social, relaciona-se com os demais subsistemas, revelando que propriedade e contrato são os pontos deste seu toque com a Economia.

Somando-se a atividade econômica à propriedade e ao contrato, fenômenos essenciais à concepção de sociedade, passa a ser inquestionável que a Economia auxiliará o Direito a definir a hipótese de incidência da cláusula geral em comento.

Como isto funciona?

Primeiramente, Direito e Economia, tocando-se pelos seus acoplamentos estruturais, em contínua modificação, irritam-se reciprocamente, gerando comunicações internas em cada um dos subsistemas.

Logo, modificações acontecidas na Economia, quanto à propriedade, contratos e atividade econômica, desde que relacionadas às sociedades,

acarretarão reações no Direito, influenciando as comunicações jurídicas, qual seja a normatização, tanto as mais genéricas como as mais particulares.

Note-se que a clausura operativa de todos os subsistemas faz com que o Direito compreenda as referidas provocações da Economia através de comunicação jurídica. Duas revelações podem ser extraídas disto.

A primeira delas sugere que a Economia não se sobrepõe ao Direito, sendo também incorreto sustentar o inverso. Destarte, não há espaço para se sustentar aqui o condicionamento das regras jurídicas por regras econômicas, como pretenderam alguns estudiosos da teoria da análise econômica do Direito. A Economia funciona nesse contexto como elemento analítico e nada mais.²⁴⁰

A segunda revelação consiste na necessidade de identificação do modo de compreensão pelo Direito das comunicações vindas da Economia e direcionadas às sociedades.

É razoável afirmar que o seio coletivo vislumbre na sociedade o meio de fomentar as atividades econômicas, do que flui distribuição de riquezas entre todos os envolvidos com elas. É que a Economia vê nisto uma maneira de executar sua função de administração da escassez, pois, sem a pretensão de esgotá-las, quanto mais riquezas houver mais simples será essa tarefa.

Portanto, interessa a Economia e por tal viés o Direito entende que deve conceder, sem a garantia de efetividade, instrumentos aptos a conservar tanto quanto possível a atividade econômica. Trata-se nada mais nada menos de simples releitura do princípio jurídico da conservação da empresa ampliado em face do que já se falou sobre sua extensão a qualquer atividade econômica.

²⁴⁰ FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p. 40.

De se observar, entretanto, que a contínua modificação dos subsistemas sociais com as constantes reduções de complexidades através de escolhas, autoriza inferir também uma leitura ainda mais ampla do princípio da conservação.

Ao longo do desenvolvimento social, em alusão ao que se denomina de *crossing*, a Economia, constantemente no exercício de sua tarefa de administração da escassez, passará por momentos nos quais haja necessidade de fomento da atividade econômica, por outros que demandem a manutenção delas no estágio em que estão e finalmente por outros que sugiram a conservação da atividade.²⁴¹

Parece, destarte, que o Direito deva dar ferramentais aptos a entender a modificabilidade das necessidades econômicas, variando igualmente a leitura que ele faz, sempre fixado naquilo que, em princípio, é o mais desejável, porém, afeiçoando-se a impossibilidade de se ter o que é mais desejável.

Em outras palavras, o Direito terá como meta, em princípio, extrair das sociedades o máximo de eficiência delas, lançando-se como seu princípio norteador não a simples conservação, mas sim do fomento da eficiência. Entenderá, porém, que a Economia poderá, pelas suas contingências, recomendar a manutenção da atividade ou a sua conservação.

A hipótese de incidência da cláusula geral função social, tendo-se em vista todas essas ponderações, será preenchida como é corrente neste padrão normativo, de modo constante, através do que se obtenha do seio coletivo como o mais querido no momento.

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.*, p. 235.

O preceito normativo irá variar, atuando sobre a eficácia das normas jurídicas para que haja o respectivo ajuste ao que extraiu da hipótese de incidência.

Em outras palavras, a função social das sociedades apresenta-se como condicionadora da eficácia das demais normas jurídicas, amoldando-se o os efeitos nessas últimas preconizadas, conforme o que receba da economia. Mais se desenvolverá isso, no âmbito da dinâmica dessa cláusula.

4.5.1.1.1.3. Destinatários da cláusula geral da função social da sociedade para além de sua hipótese de incidência

Não como elementar à estática jurídica, mas como decorrência dela, após a revelação da hipótese de incidência da cláusula geral da função social da sociedade, cabe identificar os seus destinatários.

A premissa fundamental para cumprir esta tarefa já foi fixada linhas antes. As sociedades estão obrigatoriamente voltadas para o seio coletivo, logo devem atuar para atender suas aspirações.

Tal sujeição autoriza, concomitantemente, tanto que se peça a intervenção judicial sobre negócios praticados por aqueles envolvidos, quanto que se exija deles o respeito à função social da sociedade em todos os negócios jurídicos em que figure nesse ambiente.

Dando mais concretude a tal previsão, de rigor que se delineie, dentro da coletividade, aqueles que se envolvem com a sociedade ou em sua estrutura ou porque estão ligados a atividade econômica desenvolvida por ela.

Acredita-se, nesse terreno, que todos os que se envolvem com a sociedade, quer porque dela participem, quer porque sofram as conseqüências de sua atuação, estão sujeitos ao alcance daquela cláusula geral.

Alguns desses destinatários são óbvios. Os sócios, a própria sociedade, os seus administradores e os seus trabalhadores, todos eles, porque diretamente ligados à sociedade e à atividade econômica por ela exercida, deverão zelar pela sua função social.

O Estado, quando houver norma jurídica que lhe atribua competência para envolver-se na atividade econômica, cumprindo os papéis de fomentador, interventor, fiscalizador ou arrecadador tributário, também é destinatário da cláusula geral. Destarte, autarquias, como a Comissão de Valores Mobiliários, e entes federativos titulares do poder de tributar, além de outros, deverão abster-se, informados pela Economia, de ofender a função social da sociedade, cumprindo-lhes atuar a fim de lográ-la.

Ademais, outros sujeitos, que estejam igualmente expostos às repercussões da atividade econômica desempenhada pela sociedade, a quem a lei conceda o direito e o dever de repelir eventuais malefícios dali oriundos, estarão também inclusos no rol de destinatários da cláusula geral. É o caso de consumidores e defensores do meio ambiente, por exemplo.²⁴²

²⁴² Em boa parte, este rol de destinatários pode ser constatado no artigo 170 da Carta Magna, que aponta os princípios balizadores da atividade econômica no Brasil, corroborando estas assertivas. Constituição Federal

4.5.1.1.2. Dinâmica da cláusula geral função social das sociedades

4.5.1.1.2.1. Posição na hierarquia das normas jurídicas

Já se afirmou antes que a cláusula geral função social das sociedades é plasmada de cláusulas gerais constantes da Constituição Federal, o que não deixa dúvidas de seu status de norma jurídica constitucional.

Trazendo-a no contexto do regime jurídico societário, sua inserção não pode ser outra senão como a mais ou dentre as mais elevadas das normas jurídicas reguladoras das sociedades no Brasil.

Daí que, tratando-se de cláusula geral limitadora, ofereça-se condicionante da eficácia dessas normas jurídicas inferiores, notadamente, as cultivadas pelos negócios jurídicos praticados na seara societária.

Desde a norma escrita mais ampla e abstrata, como a lei, até as normas mais concretas e individuais, como as constantes dos negócios jurídicos praticados na esfera societária, todas hão de experimentar modificações de seu conteúdo, a cada vez que ocorram modificações na Economia assimiladas pelo Direito pelo viés do fomento, manutenção ou conservação da empresa.

4.5.1.1.2.2. Modulação da eficácia dos negócios jurídicos

Diante de um negócio jurídico, cuja função social encontre-se sob avaliação, haverá de averiguar-se, pois, se, no instante de interesse e sob a inspiração do momento da Economia, está-se, ou não, provendo ao fomento, à manutenção ou à preservação da atividade econômica.

Por conta desta orientação, caberá investigar se os efeitos do negócio jurídico em questão, estabelecidos pelas partes, são ou não consentâneos, exigindo talvez adequada modulação. Esta modulação da eficácia dos negócios jurídicos poderá ir, desde a potencialização dos efeitos jurídicos até a sua eliminação, passando, porém, por sua possível restrição.

Fundados na vontade dos respectivos figurantes, contratos sociais, estatutos, deliberações assembleares, decisões dos administradores, acordo dos sócios, operações societárias, entre tantos outros negócios jurídicos, hão de restar expostos à modulação exigida pela mudança do cenário econômico do entorno.

Destarte, o sem número de interesses particulares que gravitam ao redor da sociedade estarão todos condicionados à função social, sendo evidente que a dita cláusula é condicionante dos efeitos jurídicos relacionados a eles.

Dois singelos exemplos podem ser dados para revelar a possibilidade de atuação judicial sobre esses negócios jurídicos, pautada pela dinâmica econômica e lastreada na função social da sociedade.

Um deles diz respeito à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que tenha contrato social por tempo indeterminado, havendo um dos sócios exercido o seu legítimo direito de denúncia, por meio de negócio jurídico unilateral.²⁴³

De plano, tal sócio denunciante haveria de perguntar-se acerca do eventual risco de sua opção fulminar a atividade econômica da sociedade, que estará perante a conseqüente obrigação de providenciar a liquidação e o pagamento do valor de suas cotas.

²⁴³ BRASIL. *Código Civil*.

Em caso de resposta positiva, tendo sido isto contactado por apropriada avaliação econômica, os efeitos jurídicos dessa denúncia devem ser protraídos, até o instante em que não mais esteja em risco a preservação da atividade econômica desenvolvida na sociedade de que se cuida. Eventual recusa do sócio denunciante em espontaneamente atender à função social desse negócio jurídico unilateral receptício, haverá de levar o julgador, caso provocado por legitimados bastantes, a determinar essa sustação interina da eficácia da denúncia.

Outro exemplo, agora colacionando as sociedades anônimas, pode ter como base os respectivos estatutos. Muitos deles, nos dias atuais, são dotados de *poison pills*, cláusulas pensadas em prol de acionistas minoritários.

Uma dessas cláusulas, bastante fomentada como estímulo a participação do pequeno investidor e conhecida como *Tag Along*, no Brasil, inclusive com previsão legal para certas situações, obriga os adquirentes do controle das companhias a pagar pelas ações dos minoritários valores iguais ou um pouco menores do que o pago aos acionistas dominantes.²⁴⁴

Não obstante a existência dessa cláusula, sendo isso acaso necessário ao fomento, à manutenção ou à preservação da atividade econômica da companhia, há de poder suspender-se, temporariamente embora, os efeitos da mencionada exigência.

A título de ilustração, cita-se a necessária saída de um controlador que venha mal gerindo a sociedade, havendo interesse de terceiro na respectiva aquisição para que se possa melhor conduzi-la.

²⁴⁴ BRASIL. *Lei Ordinária 6.404*, de 15/12/1976.

Este interessado, embora tenha condições de adquirir o controle, pode não ter condições de cumprir a cláusula de *Tag Along* em prol dos minoritários, parecendo razoável suspendê-la até que tenha condições de cumpri-la, sob pena de, assim não se procedendo, colocar em risco a atividade econômica e os sujeitos a ela vinculados.

Vislumbra-se, dessas rápidas simulações, expressiva mudança na tônica de atualização legislativa do regime jurídico societário, pois, agora, embasado em cláusulas gerais como esta da função social, os negócios jurídicos, leis e qualquer regra de observância coativa, deverão se submeter à constante revisão a cada vez que incidam para se afeiçoarem aos novos cânones jurídicos e econômicos de então.

4.5.1.1.3. Mudança de paradigma do regime jurídico societário pela função social das sociedades: do contratualismo para o institucionalismo/contrato-organização

Tendo-se em vista a previsão do respeito à função social como norte obrigatório das sociedades, resta claro que o regime jurídico societário brasileiro saiu do contratualismo para o institucionalismo.

Está inequívoco que as sociedades não podem atuar com a exclusiva e intocável intenção de satisfazer apenas os interesses de seus sócios. Devem ir além, trazendo para este contexto vontades coletivas que necessariamente terão de ser igualmente contempladas.

Sempre estando presente de qualquer modo, esta vontade coletiva será mais intensa ou menos intensa na exata proporção da complexidade da atividade econômica desenvolvida pela sociedade. Ou porque existem trabalhadores, ainda

que apenas um, ou porque os efeitos da produção e circulação de bens e serviços atingem consumidores e o meio ambiente, dentre outros figurantes do campo social.

Este institucionalismo, ademais, parece ter sido consagrado em seu formato evoluído, como preconizado por Calixto Salomão na teoria do contrato-organização.

A vontade coletiva, em países capitalistas, está apontada para o estímulo da livre iniciativa, de tal modo que as atividades econômicas sejam as mais eficientes para distribuir o maior volume de resultados a todos os nela envolvidos.

Disto não destoia o Brasil, que funda a sua ordem econômica sobre a livre iniciativa, a qual, menos por um bom propósito e mais por necessidade, deverá ser a melhor possível, o que fatalmente impõe à legislação a busca daquela eficiência em prol de todos os implicados.

Esta eficiência, repita-se de passagem, em face das contingências sociais, nem sempre será possível, passando então a ser pertinente a procura, pelo menos, da manutenção ou da preservação da atividade econômica.

Tal eficiência é a maneira pela qual o Direito entende os comandos econômicos, o que o faz atender à característica autopoietica do sistema jurídico. Este não é dominado pelas regras econômicas e muito menos recebe comandos externos que não sejam traduzidos para linguagem jurídica, o que exclui visões que sustentem subordinação do Direito à Economia.

Importante notar que a eficiência pretendida das sociedades pela via indireta da eficiência da organização não está pautada por uma utópica harmonia dos sujeitos nela envolvidos, na qual, apenas aconteceria de maneira espontânea

com abdicação de direitos subjetivos, assunção de deveres antes não possuídos, dentre outros atos quase que de bondade.

Parte-se para esta harmonização espontânea ou forçada do conceito de justiça distributiva, a partir da qual há necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens e riquezas.²⁴⁵

Na seara das sociedades, os interesses serão atendidos sob este cânone, distribuindo-se de maneira proporcional ao envolvimento dos sujeitos e de acordo com a função exercida, os resultados decorrentes da eficiência da atividade econômica.

Nesta distribuição, o que se fará, obviamente, é administrar as tensões existentes entre os diversos interesses, pautando tal equacionamento pelo conceito em questão.

Ademais, assentado sobre esta base, em situações limite de conservação da atividade econômica, não se poderá fazer com que haja prevalência integral de interesses de um ou alguns com a eliminação também integral dos interesses de outro ou de outros.

Recordando da face corporativa da empresa ou ao menos da atividade econômica na qual ela está inserida, não se poderá impor a extinção de uma delas em prol do atendimento irrestrito dos interesses de outra.

Em apertada síntese, parece ser este institucionalismo baseado na concepção de contrato organização o que faz as sociedades atenderem sua função social.²⁴⁶

²⁴⁵ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Op. Cit.*, p. 156.

4.5.2. Cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos de sociedade

4.5.2.1. Conceitos possíveis de boa-fé

A boa-fé, quando invocada nos sistemas jurídicos, apresenta-se com dois conteúdos diversos, objetivo e subjetivo, incumbindo ao legislador lançar mão de qualquer deles como aplicável a todo sistema ou consagrá-los ambos em compartimentos diversos.

A boa-fé subjetiva revela um estado de consciência, um convencimento individual de se estar agindo em conformidade ao direito, ainda quando, de fato, o sujeito não esteja atuando com licitude.²⁴⁷

Há nesta formulação de boa-fé subjetiva uma idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (ou ignorância) escusável, que repousa, seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião, *v.g.*), seja na errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.)²⁴⁸

Nesta acepção, a boa-fé constata-se em função da intencionalidade da parte, daí depreendendo-se o respectivo estado de consciência errôneo, ou não, bem como se tal estado é escusável, ou não.

²⁴⁶ FILHO, Calixto Salomão. *Op. Cit.*, p.42.

²⁴⁷ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no Direito Privado*, p. 412.

²⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p. 13.

Em seu sentido objetivo, a boa-fé equivale a um modelo de conduta social, a um arquétipo a ser seguido por todos, cujos traços são desenhados a partir da atuação de um homem reto, honesto, leal e probo.²⁴⁹

Advirta-se que a aplicação do parâmetro ao caso concreto não é automática, tendo de perquirirem-se os fatores concretos que podem sugerir, ou não, sua presença.

Embora se despreze, aqui, a pesquisa da intencionalidade, ainda sim deve ser feita a avaliação do *status* pessoal e cultural dos envolvidos. Trata-se, em síntese, a boa-fé, de um padrão de conduta objetivo, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional. Obriga-se a identificar aquelas características pessoais para se identificar na sequência qual o padrão que o sujeito estava ou deveria estar enquadrado.

No Brasil, em face da clara opção por um sistema de Direito Privado expressivamente preocupado com a sua função social, salvo por algumas exceções pontuais, é mais consentânea a linha da boa-fé objetiva. O constante olhar para a vontade coletiva, típico de sistemas como esse, acaba por incliná-lo na procura, dentro do sistema social, de padrões de conduta sublimados como certos e justos, os quais passam a ser expressão de boa-fé.²⁵⁰

²⁴⁹ Trata-se de interpretação do artigo 242 do Código Civil Alemão. COSTA, Judith Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*, p. 14.

²⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 257.

4.5.2.2. Funções da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro

A boa-fé objetiva, no atual sistema jurídico brasileiro de Direito Privado, apresenta-se com mais de uma função, devendo averiguar-se, a cada invocação, qual a funcionalidade dela esperada.

De início, mostra-se como critério de hermenêutica jurídica, quando se ordena, no artigo 113 do Código Civil, que a interpretação dos negócios jurídicos aconteça conforme a boa-fé e os usos do lugar no qual eles foram celebrados.

Aplica-se a boa-fé também como conceito legal indeterminado, mediante seu lançamento na hipótese de fato de normas jurídicas, sem que se esmiúce o conteúdo do seu significado, deixando ao julgador a função de defini-lo no caso concreto, para se constatar ou não a incidência delas e, em conseqüência, decidir se houve produção dos efeitos jurídicos fixados no correspondente preceito normativo.

Como conceito legal indeterminado, a boa-fé apresenta-se lançada no artigo 187 do Código Civil²⁵¹, caracterizando o abuso de direito, se houver a extrapolação dos limites fixados, dentre outros, pelo parâmetro da boa-fé.

Igualmente, foi imposta como cláusula geral restritiva, ao estabelecer-se que os contratantes devem guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé, limitando-se, assim, a autonomia da vontade.

De todo modo, e independentemente de sua função, a boa-fé objetiva, permeando os contratos, irradiar efeitos jurídicos implícitos, consistentes em deveres

²⁵¹ BRASIL. *Código Civil*, art. 187.

jurídicos denominados secundários, laterais ou instrumentais, que dizem respeito a toda e qualquer parte contratante, não consistindo em obrigações principais, mas, sim, acessórias, sempre tendo como razão inspiradora a confiança²⁵² das partes em se vincularem uma à outra.

Proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e com os bens do outro contratante são exemplos destes deveres secundários. Colaboração para o correto adimplemento da outra parte, informação, aviso, aconselhamento e confidencialidade são outros exemplos.²⁵³

4.5.2.3. Posição da boa-fé dentro do regime jurídico societário

Dentro do regime jurídico societário, a boa-fé apresenta-se nas suas três propaladas funções.

Evidentemente, todos os negócios jurídicos celebrados dentro do contexto societário poderão reclamá-la para a sua interpretação, como previsto na parte geral do Código Civil.

Outrossim, como conceito legal indeterminado, sua aplicação dá-se, por exemplo, quando se preconiza, nas sociedades por comandita simples, que o sócio comanditário não é obrigado a devolver os lucros recebidos de boa-fé.

A própria lei das sociedades anônimas, em várias passagens, também a aplica como conceito legal indeterminado, nos casos em que prevê a não

²⁵² CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*, p. 1190.

²⁵³ COSTA, Judith Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*, p. 15.

responsabilidade dos administradores por danos gerados para companhia, se o juiz se convencer que houve boa-fé.²⁵⁴

4.5.2.3.1. Boa-fé objetiva como cláusula geral aplicável às sociedades: preceito normativo, hipótese de incidência e destinatários

No que concerne à inserção como cláusula geral, destina-se a boa-fé, sem dúvida, a todos os contratos que envolvam sociedades, como os contratos sociais ou os acordos de acionistas. Entretanto, assim como feito na função social dos contratos, não é desarrazoado fazer aqui a mesma generalização, fixando que a cláusula geral da boa-fé é aplicável a todo e qualquer negócio jurídico envolvendo sociedades.

Sustentar o inverso, admitindo discrepância de conduta entre atos jurídicos igualmente fundados na vontade, seria um equívoco, pois que se imporia um limitador a ela nos contratos e deixar-se-ia irrestrita a liberdade para os demais negócios.

Destarte, a boa-fé, como cláusula geral não se atem aos contratos, mas estende-se a todos os negócios jurídicos das sociedades, aí inclusos estatutos, decisões dos órgãos de administração e todos os demais atos jurídicos fundados na vontade e praticados no âmbito de sociedades.

A cláusula geral da boa-fé objetiva viabiliza a obtenção dos padrões de comportamento esperados na esfera societária, não sendo mais utilizados padrões

²⁵⁴ BRASIL. *Lei Ordinária 6.404*, de 15/12/1976.

obtidos em outros contextos sociais. Ademais, viabiliza também a captura de padrões de comportamento customizados às variadas categorias de pessoas que se envolvem com as sociedades.

Daí decorre, aliás, o rol de destinatários dela. Mais uma vez, todos aqueles que com ela se envolvem, quando instados a praticarem negócios jurídicos, deverão se pautar com boa-fé, em exata igualdade com o rol de destinatários fixado antes para a função social das sociedades.

Destaque-se, contudo, que não seria correto igualar padrões de comportamento esperados de sujeitos hipossuficientes e não hipossuficientes, pretendendo que os sujeitos com status de sócios tenham as mesmas atitudes de trabalhadores. Mesmo entre sócios, identificados status entre eles diversos, como majoritário e minoritário, serão reclamados modelos diferentes.

4.5.2.3.2. Boa-fé na dinâmica do regime jurídico societário brasileiro

Embora prevista no Código Civil, a boa-fé objetiva, como cláusula geral, tem seu lastro no princípio da solidariedade arrolado no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988.²⁵⁵

Não é incorreto dizer, inclusive, que ela tem íntima ligação com a função social inclusive das sociedades, pois, apenas quando se tem a preocupação com o coletivo é que se justifica o comando de observância de padrões éticos de comportamento socialmente consagrados.

²⁵⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 3º.

Função social das sociedades e boa-fé, portanto, ambas, cláusulas gerais radicadas na Constituição Federal, situam-se no ápice da hierarquia normativa societária, devendo sempre se estabelecer harmonização entre elas.

Mais do que isso, voltando o foco para a boa-fé, todas as normas jurídicas devem respeito a elas, não discrepando disso os negócios jurídicos, o que a faz também uma cláusula geral restritiva e condicionadora da respectiva eficácia.

Como derivações da cláusula geral da boa-fé, dentro do regime jurídico societário, as seguintes conseqüências podem ser apontadas.

Tratando-se de cláusula geral, estará autorizada a modulação de eficácia dos negócios jurídicos societários, para que se corrijam as distorções fruto da sua não observância. Permitir-se-á, outrossim, que se revejam e atualizem constantemente os padrões nos quais repousem a compreensão da boa-fé na medida em que os reclamos da coletividade se alterem.

Todos os negócios jurídicos praticados no contexto das sociedades, igualmente, quando envolverem mais de uma parte, sejam bilaterais ou plurilaterais, trarão, ainda que de maneira implícita, os já mencionados deveres secundários oriundos da boa-fé. Tais deveres, se não satisfeitos, implicarão a violação da boa-fé objetiva, o que mais uma vez, se trazido ao conhecimento judicial, acarretará a modulação da eficácia destes negócios.

Considerações Finais

Enfim, após todas as considerações feitas ao longo dessas reflexões, chegou-se a algumas assertivas razoavelmente importantes.

De imediato, constatou-se, a partir das lições de Kelsen, embora nem sempre limitando-se a elas, que a norma jurídica, base fundamental de qualquer ordenamento jurídico, pode ser avaliada sob a estática e a dinâmica.

Na primeira destas dimensões, revelaram-se os seus elementos, a hipótese de incidência e a consequência jurídica. Articulados por relação de imputação do tipo *se e então*, concluiu-se que o dado que as diferencia de qualquer outra norma intelectual é a obrigatoriedade e não a indispensável previsão de uma sanção, tendo sido constatado, igualmente, que se reconhece como norma jurídica aquelas que venham desprovidas de consequências jurídicas.

Pelo ângulo da dinâmica, percebeu-se que as normas jurídicas são organizadas a partir de uma hierarquia, impondo-se como fundamento de validade daquelas inferiores aquelas ditas superiores, sendo estas dotadas de maior generalidade e abstração, enquanto as inferiores, como os negócios jurídicos, são mais particularizadas.

Avançando no estudo do fato jurídico como resultante da incidência de uma norma jurídica sobre situação de fato idêntica àquela descrita em sua hipótese de incidência, após observar algumas das suas classificações, centrou-se em uma de suas espécies denominada negócio jurídico. Sua diferença das demais, foi possível notar, está no respectivo cerne composto pela vontade, somando-se a isso a possibilidade do figurante fixar a gama de efeitos jurídicos que pretenda ver irradiada.

Como aprofundamento da análise desta figura, elaborou-se avaliação da autonomia da vontade, obrigatoriedade das convenções e relatividade dos efeitos, aplicáveis *a priori* para contratos, espécie de negócio jurídico minimamente bilateral, embora, foi possível inferir a respectiva extensão aos demais elementos do seu gênero, desde que ostentem índole patrimonial.

Viu-se também que os negócios jurídicos podem ser visualizados nos planos lógicos da existência, validade e eficácia, tendo sido dado maior destaque a este último. É que, conjugando os limites da eficácia, tais como o âmbito de valência espacial e temporal, com as inúmeras classificações previstas para ela, encontrou-se um ferramental hábil a revolver os efeitos jurídicos dos negócios jurídicos.

Descobriu-se que as partes, a própria lei e o julgador, se autorizado por norma jurídica, usando deste ferramental, poderão criativamente ajustar a vontade cristalizada no negócio, ante a aplicação daquele importante instrumento qualificado como modulação da eficácia.

Encerrada a avaliação isolada dos negócios jurídicos e seus múltiplos aspectos, passou-se a analisá-los dentro de sistemas possíveis de Direito Privado. Daí, ter sido feito pressuposto exame do que seriam as formulações viáveis de

sistemas de Direito Privado. Concluiu-se que sempre fundados nos princípios da liberdade e da igualdade, são admissíveis sistemas abertos e fechados, funcionando como critério distintivo entre eles a técnica legislativa adotada: aberta ou fechada.

Observou-se que a técnica fechada embasa-se em normas jurídicas bastante exaustivas, com hipótese de incidência bem delineada e preceito normativo no qual já estão preconizados os efeitos jurídicos que irradiarão caso verifique-se a incidência. Quanto à técnica aberta, constatou-se que seu norte está direcionado ao uso da vagueza nas normas jurídicas com emprego de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais.

Vagos apenas quanto ao seu conteúdo, no mais já estando definidos os respectivos efeitos, os conceitos legais indeterminados não foram apreciados com a profundidade aplicada às cláusulas gerais. Nestas, foi possível ver que a vagueza apresenta-se em grau máximo na hipótese de incidência, tudo feito com a clara intenção de conferir ao julgador amplos poderes de atuação para o respectivo preenchimento com fulcro em parâmetros ao mesmo tempo livres e vinculados. Entretanto, maiores poderes para o julgador, concluiu-se, estão dados em decorrência do fato de inexistir preceito normativo, permitindo que o julgador fixe os correspondentes efeitos jurídicos *in concreto*, valendo-se do já mencionado instrumento de modulação da eficácia.

Viu-se que os negócios jurídicos em um ou outro sistema posicionam-se de maneiras bastante diferentes em face da maior ou menor intensidade do rigor dos princípios clássicos antes vistos. Em sistemas abertos, os negócios jurídicos permitem interferência externa maior através da noticiada modulação da eficácia, tudo a relativizar aquelas normas orientativas, enquanto que, em sistemas fechados,

os negócios são quase que totalmente infensos a atuação externa, fortalecendo o rigor dos princípios em questão.

Em continuidade, partiu-se para a análise do Sistema de Direito Privado pátrio, quando constatou-se sua estruturação em moldes fechados até o advento da Constituição Federal de 1988. Nela, ficou patente a adoção de princípios como o da socialidade com o que o Direito Privado passou a se preocupar em dar guarida aos interesses privados, no entanto, agora conectados aos interesses coletivos.

Estava dado o primeiro passo para abertura de tal sistema, o que foi cabalmente feito, com a edição do novo e hoje vigente Código Civil. Prova disto foi ter encontrado tanto na Carta Magna como neste novo diploma de 2002, cláusulas gerais que, no entanto, foram mescladas com normas fechadas, tudo a caracterizar um sistema híbrido no Brasil nem totalmente fechado nem totalmente aberto, o que insinuou sua denominação de sistema semi-aberto de Direito Privado brasileiro. Internamente, este sistema, conforme se pôde depreender, sofreu alteração importante com a unificação das obrigações civis e comerciais, sem que tenha assim acontecido em face do advento da teoria da empresa.

Ao contrário, ficou hialina apenas a recomposição dos limites de atuação do Direito Comercial, agora preocupado com empresários e não mais com comerciantes, tudo provocado pela revogação expressa do Código Comercial neste tópico.

Chegando à temática de fundo desta investigação, antes de adentrar o enfoque central, sintetizou-se o histórico das sociedades no Brasil, evoluindo-se até as normas jurídicas infraconstitucionais aplicáveis formadoras do regime jurídico

societário, identificando, outrossim, algo tão ou mais importante que isso, a finalidade deste instituto. A quem servem as sociedades?

Veio à baila a discussão entre contratualistas e institucionalistas, concluindo-se pela opção contratualista no Brasil ao menos até o ano de 2002 em análise apenas de leis ordinárias, embora se tenha aprofundado o problema melhor examinando aquelas teorias e suas variações.

Restou cabal, neste passo, a preocupação destes últimos em direcionar a sociedade para o atendimento de finalidades coletivas, enquanto os primeiros compreendiam que a sociedade servia estritamente à satisfação dos interesses de seus sócios. Encontrou-se, é importante que se diga, variações de tal corrente, todavia, não com o relevo da qualificada teoria do institucionalismo baseado em contrato organização. Dela, extraiu-se que as sociedades, voltadas para a coletividade, devem buscar eficiência em sua atuação de modo a distribuir aos nela envolvidos, sócios ou não, os resultados daí decorrentes, fundando-se no conceito de justiça distributiva.

Também foi objeto de análise os institutos básicos de Direito Privado sobre os quais repousam as sociedades, encontrando-se a propriedade, contrato e a empresa, a qual, tendo-se em vista a conceituação de sociedade simples no Brasil acabou por ser vista em seu gênero, a atividade econômica.

A seguir, desencadeou-se a análise de cláusulas gerais afetas ao regime jurídico societário, encontrando-se *prima facie*, além da boa-fé dos contratos, somente cláusulas gerais atinente à função social daqueles institutos básicos como a propriedade e contratos, além daquela envolvendo função social inicialmente da empresa, mas alargada para compreender qualquer atividade econômica organizada

com mais ou menos complexidade. Estudando uma a uma, começou-se pela função social, concluindo-se inexoravelmente, por se ter no ordenamento jurídico pátrio uma cláusula geral da função social das sociedades plasmada a partir da mesma cláusula geral destinada a seus institutos básicos.

Disso derivou a necessidade de compreender a parte estática desta cláusula, quer para se ter critérios de definição de sua hipótese de incidência, quer para se avaliar o rol de destinatários dela. Desincumbiu-se de tal tarefa com os conhecimentos de Niklas Luhmann.

Daquele sociólogo, retirou-se a compreensão do Direito como um sistema parcial da Sociedade, o qual se relaciona com outros sistemas parciais como a Economia através dos acoplamentos estruturais propriedade e contrato, sem perder seu fechamento operativo, tudo em constante evolução pelas opções feitas em cada uma daquelas partes sociais.

Sociedades atreladas a contrato, propriedade e a atividade econômica, destarte, confirmou-se sem que ficasse qualquer dúvida, atendem sua função social, recebendo a seu modo jurídico, as influências vindas da Economia, não havendo, no entanto, prevalência de um sistema sobre o outro.

Tendente de início a se estabelecer como modo jurídico da Economia entender o Direito nesta esfera o princípio da conservação da empresa, mostrou-se isso, porém, um contra senso ao menos em parte. É que em países capitalistas a Economia deseja o fomento daquela atividade econômica como de qualquer outra, ficando cristalino, destarte, que o princípio merecia significativa reformulação. Restou estabelecido naquelas linhas sem qualquer hesitação que seria melhor enunciá-lo como princípio da eficiência da atividade econômica.

Não como componente da estática da cláusula geral, mas sim como desdobramento de sua hipótese de incidência, aflorou com clareza solar o rol de destinatários da função social das sociedades, estando aí incluídos todos aqueles que estejam presentes em sua estrutura ou sofram influências da inerente atividade econômica, recordando-se que destinatários devem espontaneamente ou forçadamente cumpri-la, neste último caso, pela imposição judicial.

No plano dinâmico, ficou estatuído que essa cláusula da função social das sociedades, em face de sua estreita ligação com preceitos constitucionais, tem natureza também constitucional. Disso decorreu acertadamente sua inserção no ápice da hierarquia normativa do regime jurídico societário, fazendo com que todas as demais normas jurídicas inferiores tenham que se reportar a ela.

Mostrou-se, portanto, de maneira inexorável que os negócios jurídicos, normas inferiores, consoante os ensinamentos de Kelsen, frente a uma cláusula geral, norma superior, invariavelmente, deveriam se submeter a tal comando, sofrendo modulação dos seus efeitos jurídicos a cada mudança acontecida na Economia e refletida no Direito. É o que se nominou como caráter condicionador da eficácia desta cláusula.

Somando as constatações da estática e da dinâmica desta cláusula, impôs-se como inarredável que o regime jurídico societário brasileiro hoje está pautado pela visão institucionalista, em sua variável contrato-organização, ante os influxos da economia compreendidos pela eficiência da atividade econômica, como ordenado pela função social das sociedades.

Advirta-se que outras conseqüências deriváveis desta radical alteração legislativa poderiam ser percebidas. Entretanto, como seriam merecedoras de

necessário aprofundamento, decerto, as divagações acabariam por extrapolar em muito os limites do razoável de uma dissertação de mestrado.

Por derradeiro, no concernente à Boa-Fé, encontrou-se sua utilização, afora por outros meios, como cláusula geral afeta aos contratos e aos demais negócios jurídicos de índole patrimonial, sempre edificada, também, no seu formato objetivo, consagrador de arquétipos, e não subjetivo, quando se apresenta como um estado de consciência do indivíduo.

Na perspectiva societária, deparou-se com a dita cláusula atuando dinamicamente articulada com a função social para se obter a satisfação de sua hipótese de incidência, pois é da sociedade que se extraem os aludidos arquétipos ou padrões éticos entendidos como expressão da boa-fé na Sociedade. Como consequência desta articulação, aliás, concluiu-se haver similitude entre elas no que toca ao rol de destinatários, tendo a boa-fé o mesmo conjunto de pessoas arroladas para a função social.

Em apertada síntese, como impacto das cláusulas gerais no regime jurídico societário, são estas as conclusões que se obteve, desejando que delas outras tantas tão ou mais importantes venham ser alçadas por labores científicos de maior envergadura.

Bibliografia

ALMEIDA, M. E. M. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Nova lei de falências e recuperação de empresas: confrontada e breves anotações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Saraiva, 1957/1966. v. I, II e III.

AMADO, J. A. G. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (org.) LUHMANN, N. *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Trad. Damir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da codificação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAÚJO, L. A. D. e NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASCARELLI, T. *Problemas das sociedades anônimas e Direito comparado*. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

AZEVEDO, P. F. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ASSIS DE ALMEIDA, G.; BITTAR, C. B. E. *Curso de Filosofia do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, P. F. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: S.A. Fábio Editor.

BANDEIRA DE MELO, C. *Curso de Direito administrativo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BENHAME, M. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BERNARDES DE MELLO, M. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BITTAR, C. B. E. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. *Curso de Ética Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BLUTEAU, Raphael. *Vocabulário português e latino*, v. 3. Lisboa: Of. Pascoal da Silva, s/d.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, L. C. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS, 2006.

BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997.

BORBA, J. E. T. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Constituição Federal: Saraiva, 2009*.

_____. *Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Novo Código Civil: texto comparado – código civil de 2002, código civil de 1916*. Sílvio de Salvo Venosa, org. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Lei Ordinária 6.404, de 15/12/1976. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO DE GODOY, C. L. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BORBA, J. E. T. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPILONGO, C. F. *Política, Sistema, Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação Política*. (Tese). Doutorado em Direito. São Paulo, USP, 1991.

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

CAVALI, M. C. *Cláusulas Gerais Antielusivas: Reflexões Acerca de Sua Conformidade Const. Em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2002.

CALÇAS, M. Q. P. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1977.

CARVALHOSA, M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2.

COMPARATO, F. K. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Ensaio e pareceres de Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *A reforma da empresa in Direito Empresarial- estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Função social da propriedade dos bens de produção*. In *Revista de Direito Mercantil Revista*. São Paulo, nº 63, p. 73.

_____. *Estado, empresa e função social*. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 732.

_____. *A reforma da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CORDEIRO, A. M. *Manual de Direito Comercial*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Teoria geral do direito civil*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1986. v. I.

_____. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, J. M. *A Reconstrução do Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.

COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais n. 753, s/d.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COUTURE, E. J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUMY, M. *La validité du contract suivant lê droit strict ou L'équité: etude historique et compare des nullities concontractuelles*. Paris: L.G.D.J, 2002.

DARIO, R. M. Invitación a la sociologia de Niklas Luhmann. *In LUHMANN, N. El Derecho de la Sociedad*. México: Universidade Iberoamericana, 1993.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol.3. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

_____. *Conflito de normas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FRANCA, E. V. A. N. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAZ, Manoel Figueiredo. *Do tribunado da plebe*. São Paulo: Edusp, 1989.

FILHO, Calixto Salomão. *O Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAMBINO, Agostino. *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1987.

GOMES, O. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *A caminho dos microssistemas*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *A reforma do Código Civil*. Salvador: Universidade da Bahia, 1965.

GONÇALVES NETO, A. A. *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

GUIBENTIF, P. A Comunicação Jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. In. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (org.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUISÁN, E. *Introduction a la ética*. Madrid: Cátedra, 1995.

HENTZ, A. S. *Ética nas relações contratuais á luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

JAEGER, Pier Gusto. *L'interesse sociali*. Millano: Giuffrè, 1964.

_____. *Interesse sociale rivisitato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, s/e, s/a.

JORGE JUNIOR, A. G. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KUHATHAS, C.; PETTIT, P. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. São Paulo: Gradiva, 1995.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEMOS JUNIOR, E. P. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2009.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, J. *Contrato de Franchising*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. v I.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. , v. I.

LOTUFO, R. *A Boa-Fé Objetiva na Relação Contratual*. 1 ed. São Paulo: Manole, 2008.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUHMANN, N. *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Trad. Damir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 1993.

LUZZATI, C. *La vaghezza delle norme: un' analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *História do direito nacional*. 2.ed. Recife: Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, 1941.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZEAUD, H. et L.; MAZEAUD, J. *Leçons de Droit Civil : obligations e biens*. Paris: Editions Montchrestien, 1955, v. 2.

MEIRA, Sílvio. *Curso de direito romano: histórias e fontes*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MENEZES CORDEIRO, A. M. R. *Da boa fé no Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1997.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Millano: Giuffrè, 1957. v. 1.

MIRANDA, P. *Tratado de Direito Privado*. T.1 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. T.4 e 5. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: s/e, 1999.

- MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NANNI, G. E. *Teoria Geral do Direito Civil*. 1 ed. São Paulo: Atlas: s/d.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*. (Tese) Livredocência, PUC-SP, 2004.
- _____. *Introdução ao Pensamento Jurídico e a Teoria Geral do Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.
- NOVAIS, E. C. M. O Contrato em Kelsen e Luhmann. *In. Revista de Direito Privado*. nº 11, julho – setembro de 2002.
- NOGUEIRA DA GAMA, G. C. *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- OLIVEIRA, N. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- OPPO, Giorgio. *Diritto Dell'impresa*. Pádua: Cedam, 1992. v.1.
- PENA, Ana Maria Moliterno. *Mocrissistema: o problema do sistema no polissistema* (Dissertação de Mestrado em Direito). São Paulo: PUC SP, 2008.
- PEREIRA, G. D. C. *Alienação do Poder de Controle Acionário*. São Paulo: USP, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

- POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Brown & Company, 1992.
- RASELLI, A. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. V. I e II, Milão: Giuffré Editore, 1975.
- RATHENAU, W. La realtà della società per azioni. In FILHO, Calixto Salomão. *O Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almira Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, M. *Noções Preliminares de Direito*. São Paulo: Bushastsky, 1974.
- _____. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- _____. A boa-fé no Código Civil. In *Jornal O Estado de São Paulo*, 16/08/2003.
- REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. MACEDO JÚNIOR, R. P. *Globalização e Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999, nº 32.
- REQUIÃO, R. *Curso de Direito Comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2.
- REVISTA DE DIREITO MERCANTIL. EIZIRIK, N. *Propriedade e controle na companhia aberta – uma análise teórica*. São Paulo: RT 1984, nº 54.
- RODOTÀ, Stefano. *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*. In *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Organizado por Luciana Cabella Pisu e Luca Nanni. Padova: CEDAM, 1998.
- RODRIGUES, S. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3 e 5.
- RYAN, J. A. *Justicia distributiva*. Trad. Juan Carlos Villagra. Buenos Aires: Poblet, 1950.
- SALOMÃO, C. *O Novo Direito Societário*. 2. ed São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, B. S. Uma concepção multicultural de Direitos humanos. In. *Lua Nova*. São Paulo. nº 39, 1977.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, R. C. B. E. *O princípio como norma jurídica: estudo sobre o princípio, a regra e os valores dentro do sistema normativo constitucional*. São Paulo: Esfera, 2006.

SCOTT, P. H. R. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, F. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: 2002

_____. *Código comercial e legislação complementar anotados*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito comercial*. 6. ed, São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

_____. *Curso de Direito comercial*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2.

_____. *Curso de Direito comercial*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 3.

_____. Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. LOBO, Jorge (Coord.). *O Direito de Saída Conjunta ("Tag Along")*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

VAZ, H. C. L. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1*, p. 422- 470.

VENOSA, S. S. *Direito civil: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 1.

_____. *Direito civil: obrigações*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2.

TEMER, M. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1997.

THEODORO NETO, H. *Efeitos Externos dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

VENOSA, S. S. *Contratos em espécie*: 2. ed. São Paulo: Atlas.

_____. *Direito Civil: Parte Geral, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)