

# Liberdade contratual e sua funcionalização: orientação metodológica e linguagem utilizadas pela Comissão Elaboradora do Código Civil brasileiro\*

Gerson Luiz Carlos Branco\*\*

## Introdução

As cláusulas gerais dos artigos 50, 187, 421 e 1258 do Código Civil brasileiro são frutos da adoção de uma orientação metodológica específica, que privilegiou a utilização de cláusulas gerais, bem como partiu da compreensão de que o Código Civil é um verdadeiro *eixo do direito privado*.<sup>1</sup>

A disciplina da liberdade contratual<sup>2</sup>, a personalidade jurídica, a responsabilidade civil e o direito de propriedade obedeceram a diretriz de que a atividade judicial deve ser mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente, com novos princípios e regras. O juiz deve ser um legislador para o caso concreto. Nesse sentido, o Código Civil adquire, progressivamente, maiores dimensões do que os Códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito.

A orientação metodológica dos trabalhos da Comissão Elaboradora do Código Civil é ponto de partida para a compreensão da linguagem do Código,

---

\* Este trabalho originalmente integrou tese de doutorado, publicado como artigo jurídico em razão de justa homenagem ao Dr. Manuel de La Puente y Lavale, que tinha como uma das questões centrais de sua obra a problemática do contrato e nos seus últimos trabalhos as transformações provocadas pelo Direito do Consumidor, assim como das cláusulas gerais e regime dos contratos de adesão.

\*\* Mestre e Doutor em Direito Privado. Professor de Direito Civil e Empresarial na PUC.RS, ULBRA e UNOESC. Advogado em Porto Alegre.

1 Expressão originalmente concebida por Clóvis do Couto e Silva, no clássico texto: COUTO E SILVA, Clóvis. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. Revista *Ajuris*, Porto Alegre, v. 40.

2 Sobre a matéria ver LA PUENTE Y LAVALE. Manuel. *El Contrato en general*. Lima, vol XI, tomo II, Pontificia. Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 1998. LA PUENTE Y LAVALE. Manuel. *Nuevas tendencias en la contratación moderna*. Revista Peruana de Derecho de la Empresa. *Contratos y Empresa*, N. 30. Lima 1988. LA PUENTE Y LAVALE. Manuel. "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor" en: *Contratación Privada*. Jurista Editores. Lima 2002.

pois, apesar de o anteprojeto ter sido elaborado por uma comissão, a “ordenação sistemática” e estruturação da linguagem foram tarefa de Miguel Reale.

Após a elaboração individual de cada parte do trabalho, coube a Miguel Reale a tarefa de efetuar tal ordenação, que consistiu numa espécie de unificação de linguagem. Tal tarefa foi considerada por Reale um “processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina”<sup>3</sup>.

A chamada “aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira” foi o que determinou o “sentido de *socialidade* e *concreção*, os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada”<sup>4</sup>.

A partir desses dois princípios, Reale propôs que se abrisse espaço às “abstratas regras de direito” para a “ação construtiva da jurisprudência” e para a aplicação de “valores éticos, como os de boa-fé e equidade”<sup>5</sup>.

Levando em consideração esses aspectos, este artigo trata da análise das origens doutrinárias da função social dos contratos, para compreender como as idéias apresentadas no projeto de Código Civil foram recebidas nas duas Casas Legislativas que aprovaram o projeto. O objetivo é questionar o grau de veracidade da “aderência” do projeto, portanto da cláusula geral em comento, à realidade social brasileira.

Essa proposição ganha em importância se levarmos em conta que uma das diretrizes mais importantes consideradas por Reale na Exposição de Motivos

3 REALE, Miguel. Exposição de Motivos. *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), Suplemento, 14.09.1983. p. 115.

4 *Idem*, *ibidem*, p. 115.

5 Reale afirma que, após a realização de sua revisão, um a um dos artigos foram lidos, examinados e muitas vezes modificados em reunião em que esteve presente toda a Comissão, realizada no final de dezembro de 1970 na cidade de Campos do Jordão, oportunidade em que a Comissão acolheu as alterações inseridas por Reale. *Idem*, *ibidem*, p. 114.

A afirmação de que o Código Civil foi elaborado de maneira “aderente” à realidade é uma questão que pode ser objeto de controvérsia, principalmente considerando que o projeto foi apresentado numa época de forte repressão política, razão pela qual recebeu a pecha de ser inconstitucional (TAVARES, José de Farias. Projeto de Código Civil inviável. *Revista de Informação Legislativa*, n. 115, p. 527) e de ter sido aprovado no apagar das luzes da ditadura militar (ORLANDO GOMES, *Código Civil – Projeto Orlando Gomes*, conforme já referido. O argumento apresentado pela Comissão para sustentar o caráter “democrático” e “plural” do projeto foi sua publicação em duas oportunidades (1972 e 1974) antes da apresentação como Anteprojeto n. 634-B, assim como em razão do aproveitamento dos projetos anteriores, somado à participação de inúmeros juristas, professores, advogados, empresários, órgãos públicos e outros muitos que eventualmente permaneceram anônimos, mas que enviaram sugestões para a Comissão.

foi “a de aliar os ensinamentos de doutrina e da jurisprudência ao *direito vivido* pelas diversas categorias profissionais”<sup>6</sup>.

## 1. Metodologia da comissão aplicada ao regime geral das obrigações

Na fixação das diretrizes do direito das obrigações, Reale afirma que foi preservada a estrutura elaborada por Agostinho Alvim, tendo sido efetuadas modificações para acentuar as “exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato, *ad instar* do que se dá com o direito de propriedade”<sup>7</sup>.

De maneira geral, no âmbito do direito das obrigações, as grandes diretrizes foram as seguintes:

- a) manter a sistemática e organização das regras do Código Civil de 1916;
- b) harmonizar as regras do inadimplemento com os artigos que tratam das diretrizes ético-sociais em matéria de responsabilidade civil;
- c) “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais de boa-fé e de probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à construção ética da experiência jurídica”<sup>8</sup>;
- d) atualizar as regras relativas à compra e venda, mantendo rigorosa distinção entre validade e eficácia;
- e) criar novos tipos contratuais já consagrados pela Jurisprudência e doutrina<sup>9</sup>;

6 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 116. A tentativa de demonstração do acolhimento das diferentes manifestações sociais foi a elaboração de mais de 300 emendas pela própria comissão, após as duas publicações, o que foi resultado de congressos, sugestões e discussões ocorridas na sociedade brasileira. Feitas tais emendas, o anteprojeto foi enviado para a Câmara dos Deputados. Com isso, Reale afirma que, “se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial”.

7 Idem, *ibidem*, p. 122 e 123.

8 Idem, *ibidem*, p. 123.

9 Idem, *ibidem*, p. 124 e 125. Em relação aos contratos em espécie, Reale chama a atenção para alguns contratos específicos, que foram objeto de atenção maior por parte da Comissão, entre eles afirmando que as regras da agência e distribuição servem para atender a própria lei especial “que disciplina a matéria sob o título impróprio de *representação comercial*”. No que respeita ao mandato e ao depósito, optou-se por tratar de suas formas onerosas e gratuitas, oportunidade em que as regras do Código Comercial de 1850 se revelaram “de plena atualidade”. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a nova tipologia do direito contratual deriva do projeto de Código de Obrigações, do qual foi coordenador, base para a inserção dos novos contratos do Código Civil

f) conferir ao juiz “poder moderador” para redução de penas decorrentes do inadimplemento contratual;

g) aceitar a “revalorização da moeda” nas dívidas de valor, mas proibir a correção monetária, sendo possível somente nos casos de aumento progressivo de prestações sucessivas<sup>10</sup>;

h) limitar os efeitos da denúncia (parágrafo único do artigo 473), em razão da preocupação contra os “abusos do poder econômico”<sup>11</sup>;

i) desdobrar o regime das obrigações na disciplina da atividade negocial: enquanto no direito das obrigações se regem os negócios jurídicos, no direito empresarial “se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela *empresa*, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou serviços”<sup>12</sup>;

j) reduzir os prazos prescricionais e clarificar a distinção entre prescrição e decadência.

Tomando como exemplo a prescrição, matéria de extrema importância para o direito contratual, fica evidente a metodologia da comissão e sua preocupação sistemática.

Optou-se por dizer que o que prescreve é a pretensão e não a ação, tendo em vista ser uma solução “mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos”<sup>13</sup>.

Embora Reale diga que reconhece poder tal matéria ser questionada, afirma que a comissão efetuou uma escolha que atingisse todo o projeto, e, a partir de então, tornou-se essencial a manutenção do sentido técnico unívoco que foi atribuído à palavra.

No que respeita à redução dos prazos, chama a atenção reflexão como a de Sérgio Porto, que questiona a redução de prazos sob o ponto de vista

vigente. O autor afirma que tal tipologia foi constituída a partir dos fatos sociais e da premissa de Ascareli, de que “é o comerciante e não o jurista quem cria o Direito Comercial”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 281, p. 107-132.

10 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 124.

11 Idem, *ibidem*, p. 124. A propósito, ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor” en: Themis N° 31. Segunda Época. Revista editada por estudante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995.

12 Idem, *ibidem*, p. 125.

13 Idem, *ibidem*, p. 122.

de um regresso moral da sociedade<sup>14</sup>. Tal reflexão precisa ser analisada no contexto do Código Civil, pois se reveste de seriedade que justifica a contração entre o que foi discutido pela comissão e nos órgãos do Congresso e tem relação direta com a afirmação de “aderência do Código à realidade”.

A afirmação tem sentido dentro da análise culturalista, já que a *ratio* da lei é essencial para a compreensão de seus efeitos; em casos como o da prescrição, é essencial para a interpretação. Embora seja razoável afirmar que a redução dos prazos de prescrição revela certo relaxamento moral, este não está no Código, mas na sociedade, que considera a segurança jurídica um valor cuja importância cresce a cada dia que passa.

O questionamento posto não pode ser compreendido como crítica dirigida à lei, pois esta é simples reflexo das transformações sociais e da maior necessidade de certeza que a sociedade moderna exige em comparação com a da época da aprovação do Código Civil de 1916.

Isso tem relação direta com as constantes referências à “aderência à realidade” e à concretização da socialidade, pois as regras a respeito da prescrição, assim como as demais diretrizes dirigidas ao direito das obrigações, foram moldadas segundo a forma que a sociedade ofereceu.

A aderência revela o sentido de socialidade, distinto da idéia de socialização. Reale afirma que a socialização provoca a “perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos”, enquanto a falta de concretude reside na abstração e no abandono de “características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético”<sup>15</sup>.

Tal concepção reproduz a idéia de eticidade, em razão do fato de a concepção de “socialidade” que foi positivada possuir liame com o conceito de ética da situação.<sup>16</sup>

Reale propõe na Exposição de Motivos que o Código tem natureza operacional e “dinâmica”. A dinâmica deriva justamente de sua flexibilidade conceitual, que

---

14 PORTO, Sérgio José. O projeto de Código Civil e o direito das coisas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 794, dezembro de 2001, p. 42 e 43: “A redução dos prazos prescricionais (...) suscita uma observação e uma reflexão: a primeira reside na circunstância de que, efetivamente, a tendência do Direito Civil moderno parece estar ao lado da redução dos prazos prescricionais; a segunda é de ordem moral. Sobre o aspecto moral utiliza-se da autoridade do Prof. Ruy Cirne Lima, que sustentava que o progresso moral é acompanhado do dilatamento dos prazos prescricionais: ‘É de pôr-se em relêvo que os prazos gerais de prescrição tendem, com o progresso moral, a dilatar-se, e não a diminuir’. Não seria o oposto? Os prazos gerais de prescrição, com o regresso moral, tendem a diminuir senão a dilatar-se”.

15 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 118.

16 A respeito do tema ver BRANCO, Gerson e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

permite que os modelos jurídicos se adaptem às transformações sociais, mediante incorporação do trabalho da hermenêutica: “Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas”<sup>17</sup>.

Em outras palavras, a “estrutura normativa concreta” do Código Civil não se vincula a “valores formais abstratos”, mas a valores que são identificados pelo Juiz por detrás da boa-fé, da equidade, da probidade, da finalidade social do direito, da equivalência das prestações etc., num processo “de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*”<sup>18</sup>.

Importante destacar que a expressão “estrutura do Código”, quando usada por Reale, não significa o conjunto extrínseco das normas, o que foi chamado por P. Heck de sistema externo, mas sim das “próprias normas na sua íntima e complementar unidade”<sup>19</sup>, o que caracteriza mais o conceito de sistema interno<sup>20</sup>.

## 2. A linguagem do Código Civil: a técnica das cláusulas gerais como instrumento de funcionalização e realização da socialidade e eticidade

O artigo 421 não é uma cláusula geral isolada, mas uma das várias cláusulas inseridas no texto legal com o objetivo de realizar os princípios que nortearam o trabalho de codificação.

A linguagem foi uma preocupação da comissão, que não queria repetir o que ocorrera no Código Civil de 1916, no qual houve “preferência pela forma, em detrimento da matéria jurídica”<sup>21</sup>.

A razão da opção decorreu da impossibilidade de sempre alcançar “a composição dos valores formais com os da técnica jurídica”, já que esta prima pela preservação da “certeza e segurança”<sup>22</sup>. Os limites impostos pela estrutura da

17 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 119.

18 Idem, *ibidem*, p. 119.

19 Idem, *ibidem*, p. 119.

20 Uma análise do pensamento de Philip Heck e seu conceito de sistema externo é apresentada por CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 55 e s.

21 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 119.

22 Idem, *ibidem*, p. 119. A respeito da intenção de preservação da técnica jurídica e da importância da linguagem para tal fim, é interessante a sintética crítica de Sérgio Porto a respeito da opção legislativa que norteou a linguagem do novo Código Civil: “O Projeto de Código Civil, no que se refere ao Direito das Coisas, peca nos aspectos técnicos. (...) A maioria das imperfeições apontadas talvez encontre explicação nas palavras do eminente Prof. Miguel Reale, segundo as quais o Código Civil, enquanto Constituição do homem comum, deve ser redigido na linguagem do homem comum. Assim por exemplo, cônjuge supérstite passa a ser cônjuge sobrevivente, invenção, descoberta (melhor seria, então, achado), e assim por diante”. PORTO, Sérgio José. *Op. cit.*, p. 55.

linguagem do Código de 1916 e sua insuficiência como instrumento normativo para solução dos conflitos típicos da sociedade moderna foram determinantes para a escolha<sup>23</sup>.

A comissão tentou preservar no que foi possível a contribuição do próprio Rui Barbosa, em razão da “impecável estrutura idiomática” do Código Civil de 1916, mas ao mesmo tempo mudou certos preciosismos de linguagem, já que esta é dirigida aos “protagonistas prováveis da conduta regulada. Como o comportamento delas implicará sanções premiais ou punitivas, mister é que a beleza formal dos preceitos não comprometa a clareza e precisão daquilo que se enuncia e se exige”<sup>24</sup>.

A correlação entre artigos mediante remissões foi utilizada em situações especialíssimas, para evitar uma indução hermenêutica específica quando determinada disposição depende da totalidade do ordenamento. O papel de vincular os artigos cabe mais à doutrina e jurisprudência que ao próprio legislador.

Não obstante a diretriz de manter a linguagem no que for possível, a comissão apropriou-se de inovações de técnica terminológica da teoria geral do direito, fazendo melhor distinção entre validade e eficácia, resolução e rescisão, ratificação e confirmação, entre outras.

Apesar disso, a introdução de tais modificações não conseguiu alcançar todos os pontos do Código Civil. Miguel Reale afirma que coube a Moreira Alves a revisão final da unidade de sentido das expressões utilizadas no Código Civil<sup>25</sup>. Não obstante a afirmação de que na Parte Geral “pode-se notar o zelo e rigor com que se procurou determinar a matéria relativa à validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos”<sup>26</sup>, não se pode deixar de identificar certas incongruências, em especial no tocante à eficácia do pagamento<sup>27</sup>.

---

23 A respeito da problemática atual da codificação e sua relação entre segurança jurídica, Antonio Hespanha apresenta posição que em parte coincide com o intento de construção de uma linguagem mais pragmática para o Código Civil. Em primeiro lugar afirma que aqueles que reclamam da segurança na disciplina dos negócios são os mesmos que propõem flexibilidade na disciplina das relações trabalhistas e, portanto, insegurança, no respectivo regime jurídico. Em segundo lugar, afirma que no plano pragmático um dos objetivos atuais é recuperar a “intención democrática originaria del código, como derecho que habla a todos. Hablar, de nuevo, a todos, comporta, desde luego, cuestiones de mero lenguaje, como el de utilizar formas de expresión accesibles, no demasiado cargadas de un lastre técnico-jurídico frecuentemente sin otro sentido que el de seleccionar los locutores”. HESPA-NHA, Antonio Manuel. *Código y complejidad*. [www.hespanha.net](http://www.hespanha.net), 25.12.2003, p. 8.

24 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 119.

25 Idem, *ibidem*, p. 120.

26 Idem, *ibidem*, p. 120.

27 Os artigos 308, 309 e 310 tratam da “validade” do pagamento, enquanto o caso evidentemente é de eficácia.

Reale afirma que recorreu às idéias de Kelsen para afastar a “sinonímia entre *juridicidade* e *licitude*”, tendo em vista que mesmo os atos ilícitos são atos jurídicos, pois produzem efeitos jurídicos<sup>28</sup>. Isso teve reflexo nas disposições dos arts. 186 e 187 do Código Civil, já que se optou pela denominação “ato ilícito” em vez de “ato antijurídico”, pois a juridicidade regula as condutas que devem ser seguidas, assim como a conseqüência das condutas desconformes às normas jurídicas. O conceito de licitude não coincide com o de legalidade, mas com o de conformidade com o ordenamento jurídico.

Uma das conseqüências da modificação na linguagem do projeto foi a edição de normas abertas, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos normativos localizados estrategicamente<sup>29</sup>.

---

No entanto, a mesma questão foi objeto de grande controvérsia em torno do artigo 307, que trata da mesma matéria, tendo sido, inclusive, utilizadas as lições de Ruy Barbosa a respeito da natureza transitiva, transitiva relativa ou intransitiva do verbo importar. Agostinho Alvim, analisando o parecer de Ruy Barbosa a respeito da redação do artigo 933 do Código Civil de 1916, afirma que “Como é sabido, antes que o Projeto fosse remetido a Ruy, ele foi, primeiramente, enviado a Carneiro Ribeiro, na nossa opinião o maior gramático que o Brasil já teve. E este sensor conservou a redação tal qual estava”. Porém, a discussão a respeito da linguagem motivou uma adequação técnica que foi a substituição da expressão “só valerá o pagamento” por “só terá eficácia o pagamento”, em razão de emenda substitutiva do Relator Geral, acolhendo parecer de Miguel Reale para uniformização da redação com os demais artigos do Código. ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. *Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora*. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 61 (Reale) e p. 78 (Agostinho Alvim). NETO, José Bonifácio. Justificação da emenda n. 316. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p. 236.

28 REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p. 121.

29 A diferença entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos puramente normativos não é tarefa fácil, pois há limites tênues entre uns e outros. Sobre a matéria ver Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. ENGISCH, assim como MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, p. 13-32.

As cláusulas gerais descrevem fatos de maneira genérica que não permitem a construção de um silogismo perfeito com subsunção automática dos fatos do mundo com os fatos descritos em abstrato na norma. Para sua aplicação é preciso o juiz construa a regra do caso concreto levando em consideração as peculiaridades do caso e o princípio que se quer realizar através da cláusula geral, dentro dos limites ditados pelo legislador. Exemplo clássico de cláusula geral está no artigo 159 do Código Civil de 1916: “aquele que por ação ou omissão provocar dano a outrem...”. O que significa provocar dano a outrem? Trata-se de cláusula geral cujo significado precisa ser preenchido no caso concreto. Utiliza-se o exemplo do artigo 159 tendo em vista a importância que tal artigo teve para a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. O fato de ser uma cláusula geral permitiu avanços importantes no curso do século XX, mediante a ampliação do conceito de dano, com o conseqüente alargamento do espectro da responsabilidade civil e adequação aos tempos modernos, não obstante a regra tenha permanecido a mesma por quase um século.

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões cujo significado também depende de preenchimento segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, mas diferentemente

Embora o significado de *função social, boa-fé, natureza e vulto dos investimentos* tenha um núcleo duro, que pode ser conhecido abstratamente, há uma área periférica do significado de tais expressões que somente pode ser conhecida na análise do caso concreto.

A característica das cláusulas gerais é sua mobilidade e capacidade de adaptar-se às transformações sociais, permitindo que fatos não previstos pelo legislador sejam objeto de disciplina no caso concreto. As mudanças sociais ocorridas posteriormente à edição de lei contendo cláusulas gerais provocam alterações na maneira como a cláusula geral deve ser preenchida, pois precisa estar conforme à realidade posta em litígio. Essa característica torna o texto legal elástico e aberto às transformações sociais que possam vir a ocorrer.

A longo prazo a transformação dos padrões éticos vigentes em determinada realidade pode mudar o próprio núcleo duro da cláusula geral, sem rupturas e por meio da definição gradual e da distinção do que é “branco” ou “preto”, sempre com passagem pelo “cinza”.

Porém, não basta o simples texto legal para que uma norma se torne realidade: é necessário que doutrina e jurisprudência reconheçam as potencialidades das cláusulas gerais, “não as tomando como fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegetico”<sup>30</sup>.

É bom observar, em relação a esse aspecto, que uma concepção tradicional, uma mentalidade estreita e conservadora, elimina toda e qualquer possibilidade de utilização de cláusulas gerais, que podem ser transformadas em regras de estrita casuística. Basta ver no direito brasileiro o caso do abuso do direito, que já estava previsto no artigo 160, I, do Código Civil, que considera

---

das cláusulas gerais não se trata de conjunto de fatos, mas de expressões que podem estar presentes em qualquer parte da norma, seja na descrição de parte dos fatos em abstrato, seja nas conseqüências jurídicas. Exemplo de conceito jurídico indeterminado é o de “interessado” de que trata o artigo 304 do Código Civil. Embora a doutrina moderna já tenha fixado quem é ou não interessado, deverá o juiz, na análise do caso concreto identificar se o conceito de interessado está ou não adequado à situação que é posta em julgamento.

Os conceitos puramente normativos são aqueles que não têm referência direta e concreta a situações fáticas, mas a situações jurídicas e a conceitos eminentemente jurídicos. Exemplo disso é a referência a “contrato comutativo” do artigo 441, ou a “resolução” de que trata o artigo 478 etc. Diferentemente dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, os conceitos puramente normativos são definidos a partir de elementos fornecidos pela ciência jurídica e não a partir de fatos ou da parte da lei em que é enunciado.

30 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 350.

ilícito o “uso irregular do direito”, e no artigo 1.531 do mesmo Código<sup>31</sup>, ambos interpretados pela jurisprudência como casos em que se exige dolo para caracterização do ato ilícito<sup>32</sup>.

Ou seja, não basta que a lei disponha de determinada forma: é necessário que os juristas estejam com a mentalidade e tenham consciência de seu papel na construção da normatividade.

Conforme já mencionado, as cláusulas gerais foram inseridas no texto do Código de maneira estratégica, para disciplinar as matérias mais importantes e gerais. Daí, também, a importância de uma parte geral, não só do Código mas também das obrigações. A distribuição das cláusulas gerais, porém, não é uniforme, pois estão postas nas partes que exigem maior “ductilidade”<sup>33</sup>.

Isso provoca grande mudança no método de aplicação judicial do direito, pois o juiz precisará compreender a composição do sistema para aplicá-lo. O fato de o artigo 421 haver sido inserido na abertura de todo o direito contratual representa sua importância sistemática, tanto quanto representava no Código Civil de 1916 a ausência de explicitação dos princípios<sup>34</sup>.

A cláusula geral do artigo 421 tem um papel que, primordialmente, consiste em reger todas as demais regras do direito contratual, estejam elas no corpo do Código Civil ou não, o que lhe atribui um importante papel sistemático no processo de construção de novas regras a partir dos princípios postos na lei, diminuindo, com isso, o relativismo e a incerteza derivada da ausência de princípios expressos<sup>35</sup>.

31 “Artigo 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o que equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”.

32 O Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo de forma restritiva, exigindo *dolo* para sua caracterização, ao editar a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal. “Súmula 159. Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil”.

33 MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, p. 12.

34 MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, agosto/setembro de 2004, p. 17: “A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916 era uma *ausência eloqüente*: indicava um certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou argumentativo, sendo chamados a atuar apenas no caso de lacunas, ou para confirmar a razão de ser de determinada regra”.

35 *Idem*, *ibidem*, p. 17. Segundo a autora, a circunstância de o artigo 421 estar na abertura do livro dos contratos “evidencia o valor simbólico, operativo, performático e prospectivo que advém da fixação, na lei, de princípios que já foram apontados pela doutrina e expressos pela jurisprudência”.

Essa disposição contribuiu significativamente para mudar a linguagem do Código vigente em relação ao Código de 1916, caracterizando um modelo jurídico que representa uma nova linguagem, expressiva do conteúdo normativo das fontes do direito. Os modelos são estruturas postas em razão dos fins que devem ser realizados, por isso cada dispositivo legal que estruturou o projeto teve papel similar ao que tradicionalmente é atribuído às cláusulas gerais.

Assim, os modelos como as cláusulas gerais desvinculam-se da pessoa do legislador, de seus motivos iniciais, para que “possam atender, *prospectivamente*, a fatos e valores supervenientes *suscetíveis de serem situados no âmbito de validade* das regras em vigor tão-somente mediante seu novo entendimento hermenêutico”. “A lei é mais sábia do que o legislador”<sup>36</sup>.

Segundo Miguel Reale, a proposta da comissão foi a de substituir um normativismo jurídico lógico-formal por um normativismo jurídico concreto, mediante a utilização de modelos jurídicos que compreendem em cada um de seus dispositivos normativos um papel significativo para a hermenêutica jurídica, dirigida para a concreção. Além disso, o modelo não resulta somente de formas prospectivas, mas também de sua situação dentro do ordenamento jurídico, que é unitário e coerente.

As cláusulas gerais são nada mais nada menos do que normas cuja vagueza de sentido assume a função de integrar e sistematizar as demais normas do sistema, pois estas são “uma estrutura integrante de fatos segundo valores”<sup>37</sup>, segundo a linha da teoria tridimensional do coordenador do projeto.

As cláusulas gerais que se destacam no Código Civil como modificativas da forma do tratamento da matéria que regulam podem ser identificadas, mas sem possibilidade de esgotar uma lista, já que somente a aplicação pela jurisprudência indicará quais serão as cláusulas a serem utilizadas com as características e função para as quais foram criadas.

A título de exemplo, a referência à função social aparece nos artigos 186, 420, 1.227, §§ 1º, 2º e 4º, 1.238, 1.241 e 2.049, parágrafo único; a referência à boa-fé objetiva está nos artigos 112, 127, 163, 186, 421 e 764; os bons costumes, nos artigos 13, 121 e 186; a utilização de usos nos artigos 112, 428 e 431; o costume ou costume do lugar é referido nos artigos 595, 614, 694, 700 e 871.

Além das cláusulas gerais, que são pontos de mobilidade e de abertura do sistema para as modificações da realidade, há outras disposições legais

36 REALE, M. *Fontes do direito — para um novo paradigma hermenêutico*, p. 31.

37 *Idem*, *ibidem*, p. 35. Observa que é conceito elaborado em 1940 nos seus fundamentos do direito e sustentado até hoje.

que também têm o sentido de ampliar sua incidência para fatos não previstos expressamente e cuja previsão não poderia ser feita pelo legislador. Nesse sentido se deve sublinhar que as cláusulas gerais não constituem o único método para flexibilização e abertura do sistema, pois o emprego de termos indeterminados que não constituem cláusulas gerais também auxilia o processo de funcionalização.

A consequência disso é a abertura e a plasticidade das normas legais para que estas permitam melhor aplicação judicial do direito, abertura que também valoriza o que Natalino Irti chamou de “redução quantitativa e exaltação qualitativa” do conteúdo do Código Civil, como um dos meios de defesa do Código Civil perante o fenômeno histórico dos microsistemas<sup>38</sup>.

Por outro lado, as cláusulas gerais no contexto do Código Civil representam o esgotamento do modelo legislativo tradicional em razão das tensões insuportáveis provocadas pela avalanche de transformações sociais que continuamente modificam a base sobre a qual a lei incide<sup>39</sup>.

Exemplos desse método vinculados à funcionalização dos contratos são a atribuição da invalidade como sanção, nos termos do artigo 166, VI e VII, do Código Civil, e a desconsideração da personalidade jurídica pelo abuso desta, nos conforme o artigo 50.

No primeiro caso o Código Civil superou a velha regra do 145 do Código de 1916, que consagra a máxima “pas de nulité sans règle”, herdada do Código de Napoleão, para considerar, no artigo 165, VI e VII, que é nulo o negócio jurídico que “tiver por objetivo fraudar lei imperativa” e quando a lei “(...) proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

38 IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione...*, p. 8. Irti afirma, no capítulo nominado “come salvare il condice civile?”, que “la proposta di clausole generali, Che, inserite nel codice civile, valgano a ristabilire unità di trattamento al sopra delle leggi particolari, affida al giudice la soluzione di un problema storico-politico. Si tratta, invero, non già della consueta dialettica di legge e giudizio, di regola generale e caso concreto, quanto del più profondo rapporto tra potere dello Stato e poteri dei gruppi: di quei gruppi – intendiamo – che ciedono ed ottengono statuti o tavole di prerogative. (...) Al di fuori del controllo di legittimità costituzionale, non c'è altro modo di ristabilire l'unità di trattamento giuridico, e così di tutelare la concreta eguaglianza dei cittadini, che un rigoroso sistema di rapporti tra potere dello Stato e potere dei gruppi” (p. 44). De qualquer maneira, Irti, 20 anos depois da primeira edição da obra supracitada, continua atribuindo ao Código Civil um papel “residual” e não central no ordenamento privado.

39 Hespanha afirma que, embora as cláusulas gerais sejam aberturas particularizantes, a linguagem generalizante do Código não contribui para a redução da complexidade social, tendo em vista que esta generalidade é insensível à mudança. As cláusulas gerais simplesmente permitem soluções mais adequadas às situações concretas e particulares. HESPANHA, Antonio Manuel. *Código y complejidad*, p. 3.

O ato não precisa ter objeto ilícito, mas deve visar realizar fim ilícito, ou seja, exercer uma função considerada ilícita pelo ordenamento. Diferentemente do regime anterior, os fins não são exteriores ao negócio jurídico, mas elementos integrativos deste. Da mesma forma, a lei considerou a nulidade uma sanção (no sentido de consequência jurídica) geral a todo e qualquer negócio jurídico, sendo proibida sua aplicação sem que haja previsão específica de efeitos<sup>40</sup>. Durante os trabalhos legislativos, o Relator geral do projeto na Câmara observa que, pela estrutura redacional do inciso, a afirmação de que, proibida a prática, a lei o declara nulo, “a nulidade é a sanção”<sup>41</sup>.

Consequência disso é a instauração de uma norma de caráter funcional que deixa o sistema mais completo e ao mesmo tempo aberto. Completo porque as condutas que forem vedadas por algum “suporte fático em abstrato” ou por algum comando que não contenha previsão de consequência jurídica expressa encontram como resultado primeiro a nulidade do negócio jurídico, com todos os possíveis efeitos que as nulidades provocam.

---

40 A redação do inciso VII do artigo 166 foi objeto de três emendas de autoria do Deputado Tancredo Neves, com o objetivo de modificar o dispositivo, a fim de suprimi-lo e modificar o sentido de seu texto. O objetivo principal foi o de diminuir a abertura de sua redação, para deixar mais estrito o seu sentido. A crítica mais contundente ao artigo consiste na emenda 211, cuja redação é a seguinte: “Em vista do exposto, deve ser EMINENTEMENTE IMPUGNADO o dispositivo do Projeto que, em seu artigo 164, diz ser nulo o negócio jurídico ‘quando a lei lhe proibir a prática, sem cominar sanção’. Essa fórmula é duplamente contrária à verdade jurídica: a) em primeiro lugar, porque, se se tratar duma lei de caráter meramente declaratório, pode ser impunemente derogada pelas partes em seus contratos, pouco importando estar escrita ou não em forma proibitiva. Sua violação não importaria em penalidade alguma; b) em segundo lugar, o fato de haver alguma pena contra uma proibição legal não significa que TAMBÉM lhe seja imposta a de nulidade, conforme a natureza do dispositivo violado.” NEVES, Tancredo. Justificação da emenda n. 211. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p. 203. Redação do comentário efetuada pelo Desembargador Francisco Pereira de Bulhões Carvalho. Além de tal emenda, houve outras, todas no sentido de que tal disposição, em sua parte final, era imprópria, seja pelas razões mencionadas acima, seja porque “os atos que a lei proíbe *sem a cominação de nulidade* são válidos e produzem todos os seus normais efeitos, podendo no entanto sujeitar o infrator a sanções decorrentes da inobservância da lei, sanções essas que a própria lei pode prever. E ainda mais, se a norma jurídica se limita a proibir a prática de um ato, sem cominar qualquer sanção pela sua violação, esse preceito não tem caráter imperativo, constituindo mera norma programática, com o mero efeito de exortação ou recomendação”. BRAZ, Luiz. Justificação da emenda n. 214. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p. 205.

Moreira Alves, ao comentar a emenda supratranscrita, menciona que no âmbito do direito privado não existe “norma proibitiva programática; em se tratando de proibição à prática de negócio jurídico, é evidente que a proibição não se cinge a simples recomendação”. ABI-ACKEL, Ibrahim e REALE, Miguel. *Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora*. Brasília: Ministério da Justiça, 1984, p. 41 (Moreira Alves).

41 SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p. 549.

Por outro lado, o sistema fica aberto para regular condutas que não foram e não podiam ser previstas em qualquer dispositivo legal. Se o negócio jurídico tiver por fim fraudar imperativo de lei, ainda que o objeto seja lícito e que em si não haja qualquer ilicitude, tal ato será nulo<sup>42</sup>.

O dispositivo do artigo 50 do Código Civil<sup>43</sup>, que trata da desconsideração da personalidade jurídica, faz referência a “abuso da personalidade jurídica” em razão de “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, expressões cujo significado exato depende do conhecimento do caso concreto e de uma atividade valorativa por parte do juiz, sem que haja possibilidade de aplicação automática do dispositivo.

Tal dispositivo não é adequado à tradição do direito estrito, pois estabelece limites aos casos em que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica, mas exige que no exame do caso concreto o julgador estabeleça o sentido exato de “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”.

Conforme será tratado adiante, a cláusula geral da função social produz efeitos sobre a clássica afirmação segundo a qual a vontade é critério único para a definição do conceito de parte. No caso do artigo 50 tem-se a imputação da qualidade de parte, independente do ato de vontade, sempre que a personalidade jurídica for utilizada para fins distintos de seus fins sociais. O abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio das finalidades sociais faz com que terceiros se transformem em partes e assumam direitos e obrigações<sup>44</sup>.

---

42 A título de exemplo, podem-se enquadrar aqui os casos de faturização de títulos com obrigação de recompra ou o pacto de retrovenda, casos típicos de negócios fiduciários, que têm por fim esconder um mútuo com juros acima do percentual legal ou com garantia excessiva, negócios que evidentemente não cumprem sua função social típica e, portanto, com a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil.

Não há que se falar em incidência do artigo 187 do Código Civil, pois a falta de correspondência entre o tipo social e o contrato leva à invalidade da cláusula contratual. Não se trata de exercício abusivo ou desconforme com a finalidade, pois a pactuação é inválida.

43 “Artigo 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

44 Reale afirma que a experiência jurídica norte-americana criou a “*disregard of legal personality, or legal entity*, a fim de corrigir abusos gerados à sombra de extremado apego à autonomia da vontade”, o que está previsto, em termos, no artigo 50 do projeto. A pessoa jurídica como realidade institucional, à semelhança da pessoa natural, acabou por ser transformada em meio de enriquecimento ilícito por alguns indivíduos que a instrumentalizam em benefício próprio e prejuízo de terceiros.

A opção pela verdade real, pelo valor real, que se visou proteger mediante o modelo da personalidade da pessoa jurídica teve de ser resgatada. Em tal resgate, teve-se de converter o modelo da pessoa jurídica, sem precisar mudar a lei, “em modelo jurídico suscetível de ser visto segundo novos parâmetros hermenêuticos para, tais fossem as circunstâncias, transcendê-la a fim de atingir a pessoa de seus componentes ou controladores de má-fé”. REALE, M. *Nova fase do direito moderno*, p. 128.

O artigo 50 do Código Civil teve sua redação definida no Senado, mediante a adequação da desconsideração da personalidade jurídica aos parâmetros construídos historicamente pela doutrina<sup>45</sup>.

Entre os requisitos para a caracterização foi afastada como requisito único a funcionalização do direito (“suspeita de desvio de função”), como no caso da função social dos contratos, tendo em vista a gravidade do instituto. Acolheu-se sugestão de Fábio Konder Comparato, a quem coube a redação final do dispositivo, tendo justificado o aumento dos requisitos da personalidade: “o abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores, ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente”.

No que respeita ao alcance do dispositivo, a redação foi feita de maneira a respeitar a “extensão dos efeitos”, para deixar claro que a pessoa continua a responder juntamente com os sócios ou administradores, embora “na prática,

---

45 Texto do anteprojeto: “A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução.

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente como os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”. Anteprojeto, Senado, p. 42.

A desconsideração da personalidade jurídica no anteprojeto e na Câmara era caracterizada como uma forma de dissolução, como se fosse uma penalidade para o desvio de finalidade da personalidade jurídica, o que não foi aceito pelo Senado, que optou pela desconsideração sem que seja operada a dissolução da sociedade, circunstância que remete o estudo da matéria para o âmbito da eficácia das relações contratuais, não obstante possa a “certa relação” nascer hipoteticamente de outra fonte que não seja um contrato.

A justificação para tal tratamento foi, em primeiro lugar a necessidade de preservação da sistemática, já que os dispositivos em que o projeto tratava da dissolução não incluíam o abuso da personalidade, e, em segundo lugar, em razão da necessidade de que a preservação de “critérios éticos no conjunto das relações associadas recomendam essa caracterização num Código Civil novo” (MARINHO, Josaphat. *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal*. 1987. Emenda do Relator n. 375-R).

O Relator invocou a doutrina de Rubens Requião para afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica não envolve “a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito em caso concreto”. Por isso, “é preciso deixar bem caracterizado o fato de que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas, pois a pessoa não entra em liquidação. A menção genérica a *relações de obrigação justifica-se pelo fato de que o direito do demandante pode ser fundado em um delito civil e não em contrato*”. MARINHO, Josaphat. *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal*. 1987. Emenda do Relator n. 375-R. Citação de REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 410, 1969, p. 17.

O Relator utilizou-se também das lições de Fábio Konder Comparato para justificar que no caso não se estaria consagrando a despersonalização, mas a desconsideração da personalidade jurídica. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3. ed., Forense, 1983, p. 283.

como é óbvio, recorra-se à superação da personalidade porque os bens da pessoa jurídica não bastam para satisfazer a obrigação<sup>46</sup>.

A concepção de desconsideração da personalidade jurídica adotada tem relação direta com a “função social”, já que a idéia de “desvio de finalidade” está relacionada à finalidade que é a razão de existir das pessoas jurídicas: a separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e de seus sócios, quotistas ou acionistas<sup>47</sup>.

Entre outras conseqüências, no plano do direito contratual, o principal efeito é a impossibilidade de os administradores e/ou sócios e quotistas da pessoa jurídica invocarem o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, para afastar de si obrigações que contratualmente somente cabem à pessoa jurídica.

Passam os sócios, quotistas e administradores a ser considerados partes das relações contratuais, ficando obrigados pelo cumprimento de todos os deveres e obrigações delas decorrentes<sup>48</sup>.

46 MARINHO, Josaphat. *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal*. 1987. Emenda do Relator n. 375-R. Citação de Fábio Konder Comparato na justificação da redação do atual artigo 50 do Código Civil.

47 A disposição legal possui duas partes. A primeira estabelecendo quais são as condições para que o juiz desconsidere a personalidade jurídica e a segunda estabelecendo os efeitos da desconsideração. As condições para a desconsideração são simples: “desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”. Ambos os casos tratam de uma só condição: desvio de finalidade da pessoa jurídica, pois a confusão patrimonial é uma das formas de desvio da finalidade da pessoa jurídica. Independentemente da natureza empresarial ou civil, e até mesmo da forma adotada pela pessoa jurídica, sua finalidade primeira é a separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica, de seus sócios ou associados. A desobediência aos fins específicos para os quais a pessoa jurídica foi constituída não justifica a desconsideração da personalidade jurídica. Esses fins são essenciais para a constituição e interessam aos participantes dessa sociedade e também às autoridades públicas que podem controlar o exercício de determinadas atividades, sejam profissionais ou não.

O desvio de finalidade de que trata o artigo é o desvio da “finalidade da pessoa jurídica” de maneira geral, que é a separação patrimonial para determinados fins. Esta é a finalidade social da pessoa jurídica, que se for desrespeitada poderá dar lugar a sua desconsideração.

Havendo desconsideração da personalidade jurídica, a conseqüência não é o fim da personalidade, tampouco a dissolução da sociedade, mas a ineficácia da personalidade jurídica como instrumento de “separação patrimonial”.

48 Embora o Código Civil não mencione expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica não implica solidariedade, mas obrigação subsidiária. Isso decorre do próprio artigo 50, que estabelece uma formalidade para que haja a desconsideração da personalidade, que é uma declaração judicial.

Por isso, não é possível que as obrigações sejam exigidas indistintamente da parte ou da sociedade, mas que seja requerido ao juiz que desconsidere a personalidade para que os sócios ou quotistas sejam obrigados subsidiariamente a responder pelas obrigações da pessoa jurídica. Vige a regra, nesse particular, de que não há solidariedade sem disposição legal ou contratual expressa.

Esse, porém, é o regime geral da desconsideração da personalidade jurídica, que evidentemente não é o mesmo que está posto no Código de Defesa do Consumidor, tampouco no direito do trabalho e no direito tributário, que seguem princípios e regras distintas.

Esse exemplo é revelador da metodologia da estruturação sistemática do Código Civil e da forma como foi enfrentada a questão da funcionalização dos modelos jurídicos pelo uso de cláusulas gerais, que exigem do julgador uma atividade que não meramente a de interpretar, mas também de integrar o direito, criando um enunciado de adequação no caso concreto.

É na elaboração da premissa menor, para verificar a incidência da premissa maior (disposição legal), que ocorre o processo de valoração e cognição complexa de fatos valiosos que permitem afirmar o papel criador do juiz na aplicação da lei. Além de interpretar, é necessário criar uma série de enunciados conjugados e complexos para que o julgador estabeleça os fatos necessários para caracterizar *abuso da personalidade* e para que, caso configurado este, quais serão os efeitos que atingirão os bens dos sócios ou administradores da pessoa jurídica<sup>49</sup>.

O tratamento jurídico da pessoa não afasta a atribuição de valor fonte de todo o sistema de direito privado. A pessoa foi disciplinada como “invariante axiológica” na terminologia de Miguel Reale, cujas idéias, em especial as que tratam do culturalismo, são fundamentais para compreender como é possível a funcionalização de modelos jurídicos que têm caráter fundante, como é a pessoa e a própria liberdade de contratar, temas indissociáveis na concepção culturalista adotada pelo atual Código Civil brasileiro.

## Conclusão

As conseqüências do acolhimento de tal método de trabalho pela comissão elaboradora do Código Civil brasileiro resultou na estruturação dos artigos da lei, inclusive o artigo 421 do Código Civil, de maneira aberta e flexível, cláusula geral cuja função sistemática é múltipla, assim como:

- a) funcionalização de modelos jurídicos que são orientados por valores: a cláusula geral da função social dos contratos põe o contrato a serviço da realização do princípio da socialidade;
- b) o princípio da socialidade é reitor dos principais modelos jurídicos conexos ao contrato: personalidade jurídica; empresa e propriedade;
- c) acolhimento da ética da situação, como mecanismo de aplicação das cláusulas gerais e do critério para aplicação judicial do direito, mediante a reiterada referência a “usos do lugar”, “natureza da operação econômica” etc.;
- d) estruturação da cláusula geral da função social dos contratos a partir da concepção da dialética de complementaridade, que permite a convivência

49 ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 75 e ss.

entre “função social do contrato” e “liberdade de contratar” em um mesmo dispositivo legal, como síntese valorativa de sentido; e

- e) integração da função social dos contratos com a atividade empresarial, pois o empresário é pessoa que tem por profissão celebrar contratos, já que a “atividade” que caracteriza a empresa é instrumentalizada, principalmente, pela contratação de maneira profissional e habitual.