

OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA DO TJMG

Vera Jacob de Fradera¹

RESUMO

Trata-se de artigo que expõe a fisionomia do nosso Código Civil de 2002, com destaque para as influências legislativas e doutrinárias estrangeiras nele presentes (função social do contrato, da empresa, solidarismo), com destaque para o Código italiano de 1942, o BGB de 1900 e a reforma francesa das obrigações de 2016, produzida no Código Napoleão, tendo em vista os 20 anos de sua vigência. Destaca-se a influência da Doutrina na interpretação do atual Código Civil bem como o papel de nossos Tribunais na aplicação do Código de 2002, no caso, a produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atenta às alterações recentes do Código mediante a Lei da Liberdade Econômica de 2019.

Palavras-chave: Influências estrangeiras no CC/02. Convivência harmônica entre três modelos jurídicos. Do individualismo ao solidarismo. A funcionalização do contrato e da empresa. Unificação das obrigações civis e comerciais.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Paris II. Advogada. Parecerista. Árbitra. *E-mail:* verafradera.adv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Ao ensejo das comemorações pelo transcurso dos 20 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002, é com grande júbilo que, atendendo ao honroso convite dos Desembargadores Dresh e Beraldo, ilustrados membros do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, organizadores desta obra comemorativa, trazemos a lume algumas reflexões sobre a evolução desse diploma legal, desde a sua publicação até o momento atual, deixando de lado comentários relativos ao período antecedente, relativo aos últimos anos de vigência do *Código Bevilacqua*, tema já estudado e muito bem comentado por outros autores,² neste momento de festejos em torno das duas décadas de vigência do *Código Reale*.

Uma primeira observação diz com o fato de representar esse *Código* uma efetiva ruptura relativamente à legislação privada anterior, a de 1916, porquanto seus alicerces diferem em suas essências: em primeiro lugar, no tocante à filosofia do *Código*, antes embasada no Positivismo,³ hoje, alicerçada no Culturalismo.⁴

Com efeito, segundo Miguel Reale, a Cultura é o paradigma central de todos os ramos das ciências humanas, percebendo a noção de Cultura como sendo formada pela interdisciplinaridade,

²Ver, por exemplo, MARTINS-COSTA, 2022, p. 20-29.

³A respeito do positivismo jurídico, sob cuja influência o lugar da filosofia do Direito passa a ser ocupado pela Teoria Geral do Direito e esta passa a representar o nível mais elevado da ciência positiva do Direito, existe copiosa literatura, pois foi estudado largamente e sob variados enfoques por grandes juristas, em todo o mundo e em várias épocas. Exemplos disso temos nas obras de Gustav Hugo, Savigny, Thibaut, Cambacères, Portalis, Bentham, Austin e Bobbio. Sobre esse tema, em português, consultar DIAS, 2010. Em momento mais recuado no tempo, consultar ABREU, 1964.

⁴Segundo Gustav Radbruch, um dos primeiros jusfilósofos a filiar-se ao Culturalismo, "o Direito não passa de uma realidade referida a valores, ou seja, mero fato cultural". (RADBRUCH, 1961, v.1, p. 91). Miguel Reale foi adepto e divulgador desse modo de ver o Direito entre nós. Ver, dentre outros, SICHES, 1963, Primer Tomo, Cap. 28, p. 553-576. Mais recentemente, MARTINS, 2004.

o processo, a dialética e a integralidade. (REALE, 1999). Em seguida, no referente à relação entre os privados, abandona o Individualismo para adotar o Solidarismo, vocábulo assimilado e mesmo confundido com solidariedade, pela maioria dos cultores do Direito no Brasil. Outro ponto a ser destacado no atual *Código* diz respeito à união das Obrigações Cíveis e Comerciais (ASCARELLI, p. 23 *et seq.*, 1999), seguindo o modelo do *Codice Civile* de 1942, preconizado, pioneiramente, por Teixeira de Freitas, já em 1867. (CARVALHO, 1988, p. 104).

Por outro lado, visando a dotar o *Código* de uma maior abertura e flexibilidade, o legislador inseriu em seu texto algumas normas muito abertas, as denominadas cláusulas gerais, cuja função é a de promover a sua (dele, *Código*) permanente atualização, sem necessidade ao recurso da revogação das normas, quando elas se tornam desatualizadas.⁵ Ademais, as cláusulas gerais promovem a efetividade do princípio da operabilidade, segundo o qual o Direito existe para ser realizado, do contrário, a lei se tornaria letra morta.

⁵ Os benefícios das cláusulas gerais não constituem um consenso, apesar de alguns autores as considerarem como úteis. Dentre os autores favoráveis à inserção de cláusulas gerais nos Códigos Cíveis, nomeamos DAWSON, 1977. Dentre os que as reputam prejudiciais ao sistema, ver WEBER, 1992. Em França, a Doutrina refere as cláusulas gerais, existentes no *Code*, como uma técnica tendente a dar ao juiz um pouco da liberdade de que ele necessite, embora as considerem com uma certa reserva, em razão da possibilidade de sua aplicação provocar, eventualmente, insegurança jurídica. Consultar BLANC-JOUVAN, 2004, p. 497. Na Doutrina nacional, consultar CACHAPUZ, 2006, p. 186-207; MARTINS-COSTA, 1991, "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", *Revista de Informação Legislativa*, 139, p. 3-32. Da mesma autora, uma interessante reflexão sobre esse tema, em que considera as cláusulas gerais como fatores de abertura semântica no texto do Código Reale, permitindo a apreensão de três ordens de conexões sistemáticas, a intrassistemática, a intersistemática e a extrassistemática. Ver, dessa autora, o artigo "Culturalismo e experiência no novo Código Civil brasileiro". (MARTINS-COSTA, 2002, p. 603 *et seq.*, especialmente p. 620-623).

Por essa razão, o novo *Código Civil brasileiro* pode ser qualificado como um modelo aberto, ou seja, em face de certos aspectos da vida privada, o juiz deve decidir segundo uma diretiva geral, posta pelo legislador, efetuando a concreção do princípio contido na norma ao caso concreto.

Embora aceitas pela maioria da Doutrina, como antes referido, uma parte dela nelas vislumbra uma problemática aproximação dos Códigos Civis da *Civil Law* ao sistema da *Common Law*.⁶

Ademais, o *Código Civil de 2002* vem sendo, desde a sua publicação, objeto de críticas, em sua maioria descabidas, visando a diminuí-lo em qualidade, críticas perpetradas pelo movimento denominado Direito Civil Constitucional, cuja importância foi inegável, antes de sua (dele) vigência, porque a então recente Constituição de 1988 supriria muitas das lacunas existentes no *Código Civil de 1916*, por exemplo, as existentes no Direito de Família e Sucessões, Direito Contratual e na esfera dos Direitos da Personalidade.

No Brasil, o movimento do Direito Civil Constitucional esteve em alta até a publicação do *Código Civil de 2002*, tendo então sofrido um arrefecimento, embora os seus próceres continuem até hoje a insistir na ideia de que a Constituição seria o centro da ordem jurídica privada.⁷

⁶ Ver, por exemplo, as reflexões de alguns juristas alemães sobre o papel do precedente na concreção das cláusulas gerais e, nesse aspecto, sua aproximação com o sistema da *Common Law*. Consultar, por todos, KAMANA-BROU, 2002, p. 672.

⁷ Esse recurso à Constituição para atualizar Códigos já ultrapassados fora pioneiramente utilizado pela Alemanha e pela França, onde, assim como ocorreu entre nós, vigiam Códigos civis antigos e Constituições novas. Dessa sorte, foi quase um movimento natural, nesses sistemas, recorrer à Constituição para atualizar os textos do BGB e do *Code*. Esse movimento acabou determinando uma publicização do Direito Privado, assumindo a Constituição o papel de renovadora dos textos de códigos desatualizados pelo decurso do tempo.

Atualmente, há uma tendência a criticar esse movimento, apontando sua decadência devido ao fato de o *Código Civil* ser considerado o eixo central do ordenamento.⁸

Outro fator contribuiu, em muito, para um certo descrédito do *Código de 1916*, durante um determinado período, qual seja a publicação do *Código de Defesa do Consumidor* ainda nos anos 90. (Lei nº 8.078/90, de 11/09/1990). Com efeito, dada a defasagem da legislação civil de 1916 e a então atualidade do CDC, este acabou preenchendo, indevida e impropriamente, algumas das lacunas do *Código de 1916*, contribuindo destarte para uma descabida e, sobretudo injusta, desvalorização do *Código Bevilacqua*.⁹

Contudo, uma vez atualizados os códigos, como ocorreu na Alemanha¹⁰ e na França,¹¹ ou publicado um novo, como no caso do Brasil, o Direito Civil retoma a sua natural posição de centro do ordenamento, ou, como afirmado por Von Lhering, a de *espinha dorsal do Direito*.

Dentre os fatores contribuintes para a eclosão desse movimento, lembramos o esgotamento do estado liberal e o conseqüente desaparecimento da clássica distinção entre Direito Público e Privado; a inserção de uma Ordem Econômica na Constituição e a falência do Direito Privado frente a certas situações, a bioética, por exemplo. Ver estudo precursor de RAIZER, 1979, p. 21 *et seq.* Ver, igualmente, LUCHAIRE, 1992, p. 248 *et seq.*; FRAGI, 1990, *apud* HARMATTY, 1998, p. 45-66; para uma visão geral desse fenômeno, HARMATTY, 1998, p. 45-66.

⁸ Para uma visão crítica sobre o ultrapassado movimento do Direito Civil Constitucional, consultar LEAL, 2015, p. 123-165.

⁹ Esse papel do CDC foi, além de indevido, desastroso sob o ponto de vista da ciência do Direito, causando polêmica e soluções equivocadas. Aliás, ainda hoje, o CDC contribui negativamente para os avanços da nossa Doutrina, pois os consumeristas consideram-no parte do Direito Privado, quando suas normas, em maioria, são de Ordem Pública. Sobre esse tema, ver nosso FRADERA, 2013, p. 255-293.

¹⁰ A Reforma do Direito Alemão das Obrigações, datada de 1º janeiro de 2002, é considerada a mais importante já sofrida pelo BGB. A respeito, ver WITZ, 2000, p. 3.156 *et seq.*

¹¹ Quanto ao *Code*, ver a Ordonnance nº 2016-131, du 10 février 2016, concer-

nente à reforma dos contratos, do regime geral e da prova das obrigações. Consultar a interessante obra de CHANTEPIE; LATINA, 2016.

Este texto está dividido em duas partes. Na sua primeira parte, apresentaremos, resumidamente, alguns pontos objeto de controvérsia a respeito de alguns dos elementos novos, presentes no *Código de 2002*. Por óbvio, não esgotaremos o assunto, apenas colocaremos em destaque aquilo que mais o distingue do anterior diploma civil e o que mais o coloca ao lado dos diplomas civis da atualidade, por exemplo, no caso, o *Code Napoléon*, após a Reforma de 2016 do Direito das Obrigações, em França, cujas soluções estão muito próximas das do nosso atual diploma civil. Em seguida, na segunda parte, passaremos a expor qual o papel desempenhado pela Doutrina e pela Jurisprudência nacionais, com destaque para a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para a atualização e evolução do *Código Civil de 2002*, decorridos 20 anos de sua vigência.

2 AS CONSEQUÊNCIAS DA RECEPÇÃO DO CODICE CIVILE ITALIANO PELO LEGISLADOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: a introdução de novos conceitos no Direito Civil nacional e a difícil adaptação do passado ao tempo presente e ao futuro

Dando sequência ao nosso texto de cunho histórico-descritivo, passaremos a apresentar alguns aspectos inovadores, se comparados ao *Código de 1916*, introduzidos pelo novel diploma civil, produzindo uma transformação na fisionomia da nossa legislação privada.

2.1 A introdução de novos conceitos jurídicos no vocabulário jurídico-privatista nacional mediante a publicação e vigência do *Código Reale*

O *Código Civil brasileiro de 2002* apresenta muitos aspectos inovadores, alguns deles todavia não percebidos pela maioria da Doutrina nacional, devido a uma espécie de *preconceito*, derivado, muito provavelmente, de sua proximidade, ou parentesco, com o *Código Civil italiano de 1942*, concebido e publicado em pleno regime fascista. Embora seja inegável a presença dessa ideologia no *Codice*, nele podem ser encontrados muitos aspectos interessantes em seu bojo, por exemplo, a funcionalização dos contratos e da empresa, bem como a visão solidarista do contrato, com evidente inspiração na Doutrina de Josserand,¹² ora experimentando um renascimento em França, mediante a já referida importante reforma do Direito das Obrigações de 2016.¹³ Se detivermos nossa atenção no texto do atual *Código*, em suas concepções avançadas para a época, bem como na presença do modelo jurídico alemão no *Codice*, vem à

¹² Há copiosa e muito interessante doutrina de autoria de Josserand e também sobre Josserand, cujo valor vem sendo reconhecido paulatinamente pela Doutrina em geral. Uma observação importante a ser feita diz com sua obsessão com a Moral, mesmo que a sua fosse abertamente social, embora não cristã. Isso explica sua adesão ao solidarismo e sua crítica ao capitalismo e ao socialismo, como bem dito por Chazal (2003, p. 325-332). Aqui se verifica um aspecto importante, descuidado pela Doutrina brasileira, que simplesmente ignora a grande influência da Doutrina francesa, de origem na universidade de Lyon, no *Codice Civile*, fonte de inspiração de nosso legislador. Para um maior conhecimento (melhor seria reconhecimento...) da originalidade da obra de Josserand, consultar Halpérin (2001, p. 188-190).

¹³ Em uma cerimônia *in Memoriam*, ocorrida em 10 de novembro de 1941, em honra de Josserand, Paul Roubier afirmou que a Doutrina francesa reconhece o fato de Josserand e seu pensamento terem marcado o direito civil do século XX, destacando-se duas qualidades essenciais em sua obra, a unidade e a profundidade. Sua vida foi um autêntico protesto contra o espírito superficial. Pelo fato de seu pensamento parecer extremamente familiar aos seus contemporâneos, não foi tão estudado como deveria, na França e na Itália. Importante destacar o fato de Josserand sempre ter se preocupado em manter o equilíbrio entre o respeito da tradição e a necessária evolução do direito.

nossa mente a sempre atual lição de Rodolfo Sacco (1976, p. 225-234), exposta em um artigo deveras inspirado, intitulado *Modèles français et modèles allemands dans le Droit Civil italien*, no qual expõe, magistralmente, a forma como os italianos recepcionaram ambos os modelos, afirmando que o *Codice* permanecia francês (de inspiração francesa), mas o método dos juristas italianos se tornara conceitual, dogmático e sistemático, porquanto baseado na dedução, como usual na Doutrina alemã.¹⁴ O mesmo Rodolfo Sacco esclarece que a observação atenta dos resultados obtidos pela escola pandectista alemã suscitaram uma corrente de admiração entre os juristas italianos. Dessa sorte, conclui o ilustre mestre a Universidade de Turim, o *Code* e a Doutrina alemã puderam conviver na Itália, sem maiores inconvenientes, mostrando uma dissociação de dois dos componentes do Direito italiano, ou seja, o componente legal (o Direito formulado pelo governo italiano) e o componente doutrinário, representado pelo modelo alemão, admirado e imitado pelos juristas italianos, bem como o do *Code Napoléon*, há muito recepcionado pelo *Codice*.

Diante do exposto, é fácil identificar, em nosso *Código Civil de 2002*, cujo projeto data de 1975, uma configuração muito próxima à do *Codice Civile* de 1942. A razão disso repousa no fato de o legislador do então futuro *Código Civil brasileiro*, perseguido politicamente no Brasil, ter se exilado na Itália, onde frequentou o ambiente intelectual da época, privando com figuras exponenciais da cultura jurídica local, merecendo menção a impressão causada,

¹⁴ A linguagem do BGB é hermética, refletindo a concepção de direito ainda vigente entre os juristas alemães, expressa na frase, citada por muitos autores, ao tratarem desse tema: "O Direito é um assunto de especialistas." Com efeito, o legislador alemão preocupou-se em utilizar cada palavra num sentido imutável e jamais alterar o vocábulo designando a mesma noção, "renunciando, desta sorte, a toda elegância de estilo para não criar incertezas sobre o conteúdo das regras legais", cf. ARMINJON; NOLDE; WOLFF, 1950, tome 2, n. 473.

no então jovem Miguel Reale, pelo pensamento de Del Vecchio e de sua Escola.

Como bem pontuado por vários comparatistas do século passado, a adoção de um certo modelo de código tem origem, muitas vezes, nas influências que embasaram a cultura jurídica do futuro legislador e em outros aspectos suscetíveis de aproximar duas culturas no referente ao âmbito do Direito.¹⁵ Aliás, o fenômeno da imitação e da inspiração em modelos estrangeiros é tão antigo como o Mundo e desde muito considerado válido, tal como afirmado por Georges Maridakis,¹⁶ ao referir o pensamento de Platão, que se perguntava: por que não tomar (no sentido de incorporar) as leis de outras cidades (Pólis) se elas são melhores, sem levar em consideração seu caráter estrangeiro? Nesse sentido, foi muito feliz o comparatista húngaro, Zajtay (1957, p. 706), ao afirmar que a “recepção de um modelo jurídico estrangeiro representa um verdadeiro encontro cultural”.

No mesmo sentido, manifestava-se, em relação ao Brasil, o comparatista francês René David.¹⁷ O culto e a prática do Direito Comparado podem explicar essa escolha, pois, segundo ensinam os cultores dessa disciplina, em cada sistema jurídico, em cada

¹⁵ Segundo Del Vecchio (1938, p. 591), consiste em uma propriedade das normas jurídicas pela qual elas podem ser transmitidas de um povo a outro. Ela existe graças à unidade do espírito humano, tornando possível a aproximação entre os sistemas jurídicos, pois o Direito não é apenas um fenômeno nacional, é sobretudo um fenômeno humano. Em consequência, percebem-se duas espécies de semelhanças entre as ordens jurídicas: as nativas, devidas à unidade de espírito humano, e as dativas, resultantes da comunicação das ideias ou dos costumes. Sobre esse assunto, ver PAPACHRISTOS, 1975, p. 5.

¹⁶ Ver “La tradition européenne et le Code Civil Hellenique”, em *Studi Koschaker*, II, p. 159-178, citado par ZAJTAY, 1957, p. 686, note 60. Esse autor evoca as lições de Rheinsteinst, para quem a recepção abrange três aspectos de um mesmo fenômeno: a recepção voluntária, a involuntária e o transplante. A recepção voluntária — a verdadeira recepção — tem lugar pela importação de um Direito estrangeiro. Dessa sorte, podemos afirmar que o Brasil *receptionou* o modelo italiano do Código Civil de 1942, o qual constituiu o alicerce do Projeto de seu Código Civil de 1975.

¹⁷ Ver nosso Fradera (2012, p. 48 *et seq.*).

código civil, há sempre um traço da personalidade de seu legislador, representado por sua formação, suas leituras, suas preferências filosóficas ou políticas e também do momento histórico vivenciado, quando da elaboração de uma legislação. Inegável tampouco a questão da imitação de um modelo, fundada na admiração pelo modelo imitado, tal como aconteceu em relação ao *Code*, tendo inspirado, com maior ou menor intensidade, a maioria dos legisladores dos séculos XIX e XX.¹⁸

Como mencionado linhas acima, o *Código brasileiro de 2002* assimilou grande parte dos avanços da jurisprudência e da doutrina nacionais, além de atualizar o então Projeto de acordo com os ditames da Constituição Federal de 1988.

Assim, inspirado pelo *Codice*, o legislador Reale unificou as obrigações civis e comerciais e acrescentou novos conceitos centrais ao vocabulário dos civilistas nacionais, tais os de funcionalção¹⁹ e de solidarismo.²⁰

¹⁸ Não foi esse o caso do Brasil, pois o projeto de Freitas, apresentado em 1868, não poderia tomar como exemplo o *Code*, porque então a liberdade e a igualdade não existiam para todos em nosso país, dado então todavia vigorar o regime da escravidão e a Monarquia como sistema de Governo. De outro lado, o próprio Freitas tinha muitas reservas em relação ao *Code Napoléon*. Ver a respeito nosso Fradera (2010, p. 101-103).

¹⁹ Segundo Miguel Reale, “a função social do contrato representa uma justa posição de interesses individuais e coletivos, de tal forma que, se ele se rescinde, devido ao inadimplemento de uma das partes, também pode ser resolvido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de um dos contratantes”. (REALE, 2003, p. 37). Vale citar também WALD, 2004, p. 9; SALOMÃO FILHO, 2004, p. 6 *et seq.*; FONSECA, 2007; BERALDO, 2011.

²⁰ De acordo com o pensamento (atual) de Yves Lequette, pode-se identificar, no seio desta escola, uma pluralidade de tendências, daí referirem-se os seus seguidores aos *solidarismos* contratuais, pois, embora concordando em vários aspectos, discordam no ponto essencial, sobre qual seria a essência de sua doutrina. A título de exemplo, citamos duas correntes, a 1ª, de inspiração social, e a 2ª, de inspiração moral. Haveria ainda uma 3ª corrente, uma espécie de síntese das duas anteriores. Na verdade, é possível sintetizá-las todas, a partir de seu objetivo comum, o de ser implantada uma melhor justiça contratual, dado estarem seus partidários convictos de que, mediante a intervenção do juiz no contrato, seu objetivo seria atingido. Para maior aprofundamento, consultar JAMIN, 2004, p. 445 (desta obra existe nova tiragem, pela mesma editora, datada de 2015). Ver, igualmente, JAMIN, 2004, p.

Com efeito, em razão da adoção do solidarismo, o legislador Reale enfatizou a função social do contrato e da empresa, destacando o valor da pessoa humana. Ao aprofundar o estudo do *Código Civil* e de suas características mais inovadoras em face do anterior *Código de 1916*, tais a socialidade, a eticidade e a operabilidade,²¹ percebemos a verdadeira natureza do art. 421 do atual *Código*, bastante difícil de ser interpretado e aplicado corretamente, por vários motivos, com destaque para o desconhecimento de suas origens²² por doutrinadores e operadores do Direito em geral. O solidarismo reside na busca de uma melhor justiça contratual, a ser alcançada mediante a intervenção do juiz no contrato. Esse teria sido o pensamento do legislador brasileiro de 1975, ao adotá-lo no seu *Código*.²³ Mas o que se viu recentemente foi a frustração desse seu objetivo, poucos anos após sua entrada em vigor, diante dos termos da Lei nº 13.874/2019, a denominada *Lei da Liberdade Econômica*, LLE, na qual o parágrafo único do art. 421 do Código Civil

5. Uma reflexão solidarista de contrato em nosso direito, tendo como fundo a ocorrência da Covid-19, ver ANDRADE, 2020, p. 421-437.

²¹ Segundo revelado pelo legislador Miguel Reale, ao considerar a *operabilidade* como um dos elementos do Código, teria se inspirado em Rudolph von Ihering, conforme se lê em sua obra *O projeto de novo Código Civil* (REALE, 1999, p. 10): “O Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa — já dizia Ihering na sua imaginação criadora — é como chama que não aquece, luz que não ilumina”. Interessante, nesse aspecto, a coincidência entre o pensamento de Reale e o de Josserand, que assim se manifestou: “[...] o direito que tomamos como objeto de nosso estudo é, antes de tudo, o direito jurisprudencial, isto é, aquele que se realiza [...]” (JOSSERAND, 1929).

²² Com efeito, a maioria dos doutrinadores nacionais confunde a socialidade com solidariedade e busca, erradamente, a sua origem na Constituição de 1988. Ora, basta atentar para os dados cronológicos para desmentir essa afirmativa. Com efeito, o projeto de CC data de 1975, a CF, de 1988. Felizmente, esse movimento visando a colocar CF no centro do ordenamento tem os dias contados, pois a boa Doutrina já aponta para os seus defeitos. Ver a respeito, dentre outros, LEAL, 2015 e ALMEIDA, 2019.

²³ Ao justificar sua simpatia pelo conceito solidarista de contrato, M. Reale afirmou: “Não acreditamos na plenitude da norma positiva, é preferível, em certos casos, prever o recurso aos critérios ético-jurídicos, objetivando atingir a concreção jurídica, atribuindo mais poder ao juiz, tendo em vista a descoberta da solução mais justa e equidosa.” (REALE, 1999, p. 8, nota 7).

passa a ter a seguinte redação: “Nas relações privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (BRASIL, 2019).

Assim, a concepção solidarista do legislador, relativamente aos contratos, exposta no art. 421 do Código Civil e seu parágrafo único, agora alterado pela mencionada LLE, revela-se antitética, porque o *caput* do artigo adota uma postura favorável à intervenção do juiz, de acordo com o sentido do solidarismo contratual, mas o parágrafo único desfaz essa construção, introduzindo um texto de feição liberal. Essas nossas ponderações não significam que sejamos avessos ou contrários às ideias liberais, longe disso. O que nos causa espécie é a falta de cuidado do legislador da LLE/2019 e o descaso em, ou manter a filosofia do *Código*, tal como idealizada pelo seu legislador, ou em adotar uma posição mais liberal acerca do assunto, quando, nesse caso, deveria ter modificado também os termos do *caput* do art. 421.²⁴

No próximo segmento, trataremos da dificuldade em conciliar os avanços do passado com o texto da legislação privatista atual: a persistência da leitura de certos conceitos provinda da contribuição da Doutrina e da Jurisprudência elaboradas durante a vigência do *Código Beviláqua*, por exemplo, o caso da noção de obrigação como um processo, conceito originado da Doutrina nacional, produzida a partir dos anos 60, na Faculdade de Direito da UFRGS, por Clóvis do Couto e Silva.

²⁴ A respeito, vide nossa contundente crítica à forma como efetuada essa alteração em *Comentários à Lei da Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019* (FRADEIRA, 2019, p. 293 et seq.).

2.2 A difícil convivência entre o antigo e o novo no referente à compreensão de certos aspectos do Direito Civil brasileiro atual

No referente à sua estrutura, o *Código Civil de 2002* conservou a do antigo *Diploma Civil de 1916*, adotando o denominado *método do enxerto*, ou seja, mudança do conteúdo e conservação da estrutura, como dito por Jean L. Halpérin (*apud* PONCELET, 2004, p. 7), em relação às alterações do *Code Napoléon* ao longo de dois séculos.

Nosso *Código* é composto por uma *Parte Geral*, dividida em três livros, relativos às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos; uma *Parte Especial*, composta por cinco livros, quais sejam o das *Obrigações*, o do *Direito da Empresa*, o *Livro das Coisas*, o do *Direito de Família*, o das *Sucessões*. Há, ainda, o livro complementar, contendo as disposições transitórias.²⁵

Na *Parte Geral*, disciplinam-se as pessoas, os bens e os fatos jurídicos.²⁶ Por outro lado, a previsão do abuso de direito,²⁷ na *Parte Geral*, como uma espécie de ato ilícito, provocou várias reações, estando a polêmica ainda em curso.

²⁵ Interessante comentário sobre a feição de nosso atual Código Civil, consultar Fabio Siebeneichler de Andrade, "O Modelo de Código Civil brasileiro de 2002 sob a perspectiva das funções atuais da Codificação", *Direitos Fundamentais e Justiça* - out./dez. 2000, p. 155-170.

²⁶ A *Parte Geral*, cuja adoção nos aproxima do *BGB* desde 1916, recebeu algumas inovações interessantes no texto do Código de 2002. A esse respeito, consultar o excelente volume de autoria do Ministro Moreira Alves (1986), *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. Existe nova edição dessa obra, adaptada ao novo Código Civil.

²⁷ "Art. 187: Comete também ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." A respeito, ver nosso "La Partie Générale du Code Civil brésilien" (FRADERA, 2005, p. 203-222); ver, igualmente, PINHEIRO, 2002; RODOVALHO, 2011.

O segundo livro do *Código Civil* disciplina os bens, contudo, esse livro vem merecendo algumas críticas, fundadas no fato de o legislador ter adotado, segundo alguns, “uma concepção fundada sobre uma base axiológica demasiado orientada em direção a uma lógica patrimonial e proprietária, colocando-se em contradição com os princípios fundantes do *Código Civil*, que dão maior relevo à pessoa”. (TEPEDINO, 2005, p. 287 *et seq.*). A nosso ver, trata-se de posição demasiado extremada e calcada no movimento civil constitucional.

Com relação ao terceiro Livro, em que estão disciplinadas as Obrigações, pairam sérias dúvidas acerca de qual teria sido a concepção de Obrigação adotada pelo legislador de 2002. A maioria da Doutrina entende ter havido a recepção de uma concepção cooperativa de obrigação, qual seja, aquela exposta na obra de Clóvis do Couto e Silva (2006), *A obrigação como processo. Data venia*, ousamos discordar dessa opinião, a começar pela circunstância da data da apresentação do projeto de *Código*, em 1975, quando a tese de Clóvis não havia sido nem defendida nem publicada; dessa sorte, o legislador deste *Livro do Código*, o ilustrado professor Arruda Alvim, não teve contato com a obra de Clóvis, logo, não poderia ter adotado a concepção de obrigação como um vínculo dinâmico, cujo desenvolvimento é pautado pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, desde a sua formação até o seu adimplemento. Contudo, inspirado do *Codice* de 1942, precisamente no seu art. 1.175,²⁸ nosso legislador, Miguel Reale, adotou a concepção da relação obrigacional como sendo dominada pelas regras da *correttezza*, entendida essa palavra como lealdade, honestidade, imparcialidade e equidade. Assim, dispõe o art. 422

²⁸ “Il debitore e il creditore devone comportarsi secondo le regole de la correttezza.”

do CC/2002: “Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. (BRASIL, 2002). Por outro lado, seguindo a diretriz solidarista imprimida à relação contratual, devem as partes colaborar uma com a outra, objetivando o melhor cumprimento possível do contrato. Sob essa ótica, a aproximação entre esse texto e a noção da obrigação como um processo torna-se possível, pelo menos na exigência de colaboração entre os contratantes.

Quanto às obrigações derivadas de atos ilícitos, a responsabilidade civil é igualmente um campo vasto e fértil para discussões, pois o codificador introduziu modificações expressivas nesse campo, alterando a nossa tradição canonista, herdada também do *Code*, no sentido de considerar a culpa como a fonte mais importante de responsabilidade civil. Já à primeira vista, percebemos que o *Código de 2002* previu um certo número de hipóteses de responsabilidade fundadas no risco, acompanhando uma natural evolução das legislações em geral, a começar pelo *Código de Defesa do Consumidor*, no qual apenas os profissionais liberais respondem por culpa.²⁹

Com relação aos contratos, o art. 421 do *Código Civil de 2002*, após a alteração efetuada pela Lei nº 13.874/2019, dispõe que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002).³⁰ Esse artigo é, de longe, o mais controvertido do *Código Civil de 2002*, alvo de discussões de toda a ordem, algumas com fundamento científico, outras nem tanto. A primeira grande dúvida respeita a natureza dessa norma: será

²⁹ Cf. § 4º do art. 14 do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990).

³⁰ Na redação original de 1975: “A liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Vide nosso comentário supra sobre o parágrafo acrescido a esse artigo pela citada Lei da Liberdade Econômica.

um princípio, será uma norma cogente, ou simplesmente uma diretriz posta ao julgador. Mas, atenção: se ela tem a natureza de norma cogente, não poderia ter sido escrita de maneira tão vaga e imprecisa. A maioria dos juristas brasileiros concorda em classificá-la como uma cláusula geral, dada a feição de seu texto. Não obstante, há unanimidade em reputar ter esse artigo operado uma *revolução* no que tange à noção clássica de contrato, porquanto um de seus elementos essenciais, qual seja a sua relatividade, expressa no antigo adágio “o contrato é a coisa das partes”, não mais subsiste como um axioma, porque, em razão da exigência de uma função social, o contrato pode, eventualmente, apresentar uma eficácia transubjetiva, para além dos cocontratantes, e, eventualmente, contra a sua vontade. Este constitui um aspecto do *Código Civil de 2002* que somente a passagem do tempo trará luz sobre o seu acerto e valor. Não obstante, o legislador assegurou o exercício da autonomia privada, tal como consta do art. 425 do *Código*: “As partes podem estipular contratos atípicos, desde que as regras gerais, estabelecidas por este Código, sejam observadas”. (BRASIL, 2002).

O legislador recebeu o princípio da boa-fé em sentido objetivo, nesse caso, a doutrina, os operadores do Direito em geral, assim com os tribunais nacionais já o consideravam, há longos anos, como um *princípio pressuposto*, inscrito no interior do sistema do *Código Civil de 1916*. Nesse caso, portanto, o art. 422³¹ apenas reconhece os acervos doutrinário e jurisprudencial nacionais, formados desde os anos 80. Ainda em relação ao amplo reconhecimento do princípio da boa-fé, no novo *Código*, devemos lembrar os termos do art. 113 do *Código Civil*, em que a boa-fé serve

³¹ “Os contratantes são obrigados a obedecer, tanto na conclusão do contrato quando de sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL, 2002).

como critério interpretativo do negócio jurídico.³²

Em seguida, passamos a nomear outras alterações efetuadas pelo legislador Reale, quais sejam, a unificação das *Obrigações* civis e comerciais, bem como a introdução das noções de empresa e a de empresário, fato que aproximou o Direito Civil do Direito Comercial.³³

Essa unificação determinou uma civilização do Direito Comercial e uma comercialização do Direito Civil, porquanto há uma forte inclinação de nossa sociedade atual a visar em demasia o lucro, bastando observar o grande número de ações visando a indenizações por dano moral. Diversamente, o Direito Comercial torna-se, a cada dia, mais ancorado em valores morais, algo que pode ser comprovado pelos deveres impostos às partes, nos contratos de cunho empresarial, tais os de informação, de confidencialidade, de minimização do próprio prejuízo também pelo credor.

Com relação ao Direito de Família, as inovações foram quase imperceptíveis e as críticas se dirigem sobretudo à falta de igualdade quanto aos direitos dos companheiros vivendo em união estável, em comparação com os casais legalmente casados. Nesse ponto, a jurisprudência tem realizado um exemplar trabalho de interpretação das regras, visando a apagar as desigualdades entre as duas formas de relação conjugal.

Os mesmos comentários valem para o direito das sucessões, salvo no que se refere à inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, conforme disposto no seu art. 1.845.³⁴

³² Sobre este assunto, ver NITSCHKE, 2019; também o nosso “A Interpretação dos contratos” (FRADERA, 2021, v. 2, p. 41 *et seq.*).

³³ Em razão dessa unificação, nosso Código Civil Comercial, publicado em 1850, não mais está em vigor, salvo no referente ao Direito comercial marítimo. Outras matérias comerciais são reguladas por leis especiais. Os transportes aéreos são regulados pelo *Código brasileiro da Aeronáutica*, Lei nº 7.565, de 19/12/1986.

³⁴ A doutrina mais abalizada refere que nem sempre o cônjuge é herdeiro, pois, conforme ensina Cahali, “sua vocação hereditária está sujeita ao regime de

Expostas, sumariamente, as principais inovações introduzidas em nosso Direito Civil pelo *Código de 2002* e as discussões suscitadas em torno delas, passaremos à segunda parte deste artigo, em que será demonstrado o quanto a Doutrina e a Jurisprudência vêm contribuindo para o aperfeiçoamento de sua construção e aplicação.

3 A contribuição da Doutrina e da Jurisprudência nacionais para a interpretação e aplicação do *Código Civil de 2002*

Ao tratarmos desse assunto, lembramos um verso do poeta andaluz Antonio Machado, que assim se expressa: “Caminante, no hay camino, se hace camino al andar.” Quanto ao tema ora em tela, esse pensamento é plenamente válido, pois tanto a Doutrina como a Jurisprudência nacionais vêm percorrendo um já longo caminho na busca da interpretação e aplicação corretas do novo *Código*, ou seja, abrindo um espaço em meio aos meandros do *Código*, na busca de sua melhor e mais justa compreensão e justiça em sua aplicação.

Antes de tudo, conforme muito bem dito por Daniel Gutmann (2002), deve-se fazer uma clara distinção entre esses ofícios. Para esse autor, o juiz está em uma situação muito peculiar, porquanto, quando um litígio lhe é submetido, é obrigado a tomar um partido, estando essa obrigação comandada por sua submissão política e institucional ao legislador. Ainda segundo o mesmo autor, isso explica por que o juiz deve buscar, na falta de norma legislativa

bens adotado no casamento, com toda a multiplicidade de questões decorrentes dessa provisão contida no art. 1.829”, local em que o legislador estampou a ordem de vocação hereditária. Consultar as pertinentes críticas do Prof. Francisco José Cahali (CAHALI; NANNI, p. 2.249 - art. 1.829, ordem sucessão legítima - e p. 2.289 - art. 1.845, herdeiros necessários).

clara, uma solução que se insira na coerência do conjunto do Direito, pois esse é o horizonte regulador da atividade judiciária, "justificada pelo lugar ocupado pelo juiz no tabuleiro dos poderes." (GUTMANN, 2002, p. 461).

Já em relação à Doutrina, segue o mesmo autor, "ela está dispensada da obrigação de julgar" (GUTMANN, 2002, p. 461), e, nesse distanciamento em relação ao julgamento, reside sua especificidade.

Iniciemos, pois, nossas reflexões acerca do papel da Doutrina.

3.1 O papel da Doutrina na construção da interpretação do Código Civil de 2002

A Doutrina é conceituada pelo Professor G. Cornu como "a opinião comumente professada por aqueles que ensinam o Direito (*communis opinio doctorum*) ou mesmo por aqueles que, sem ensiná-lo, escrevem sobre o Direito. Nesse sentido, a Doutrina se opõe à Jurisprudência". (CORNU, 2011, p. 360).

Essa definição, embora considerada clássica, não abrange, em sua plenitude, o real significado do que seja a Doutrina. Com efeito, há muito tempo, desde os romanos, a Doutrina vem construindo e utilizando uma espécie de *método*, o qual é apropriado pelos discípulos de um professor, que buscam imitá-lo. E assim ao longo dos tempos.

Nesse aspecto, não é possível evitar a menção ao Direito Romano, porquanto, em Roma, o termo *jurisprudência* significava uma ciência e também uma arte. Como notório, o juriconsulto romano contribuiu para a formação da jurisprudência, pois, conhecendo profundamente o Direito, tinha por missão dar

consultas, colimando auxiliar e facilitar a tarefa do juiz. Em geral, naqueles tempos, o juiz não era obrigatoriamente uma pessoa dedicada ao estudo do Direito, havendo pouco conhecimento a esse respeito.³⁵

O fim da República em Roma marca o início de uma alteração no recrutamento dos jurisconsultos, e, sob o Império, ocorre uma funcionalização da carreira jurídica, perceptível no fato de que os jurisconsultos mais notáveis³⁶ (em oposição aos *juris periti*) passaram a ocupar elevados postos administrativos devido à sua excelente formação, consagrando-se ao estudo dos problemas fundamentais do Direito e à exposição das grandes questões jurídicas, por exemplo, a criação de novas regras em face do silêncio da lei, ou então deduzindo novas regras de leis já existentes.

Sob o Império, as respostas dos jurisconsultos adquirem força de lei e, sob Adriano, chegaram a constituir uma fonte importante de Direito escrito.

Alçado Augusto ao Império, pretendeu obter o apoio dos jurisconsultos, atribuindo caráter oficial às respostas de alguns deles.

Em 426 A.D., a *Lei das Citações* reconheceu a autoridade dos grandes jurisconsultos romanos. Dessa sorte, Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus e Modestinus deveriam ser invocados nos tribunais, por serem as maiores autoridades no campo jurídico,

³⁵ Segundo escreveu Bruno Oppetit, este é um traço distintivo que, desde os primórdios, opôs o Direito romano e a *Common Law*: enquanto nesta última o juiz aparece como o personagem central, diversamente, no sistema romano, a função mais eminente incumbia aos prudentes, grupo de jurisconsultos que aconselhavam o pretor na elaboração de seu edito e as partes na busca de uma fórmula satisfatória. Ver OPPÉTIT, 1993, tome III, p. 346.

³⁶ Os jurisconsultos ocupavam altos postos devido à sua excelente formação, enquanto os denominados *juris periti* eram relegados a funções menos relevantes, como a redação de atos e assistência às partes. A respeito do papel dos magistrados e dos jurisconsultos na elaboração do Direito romano, consultar PÉTIT, 1958, p. 53-80.

enquanto outros só o seriam se houvessem sido citados por um dos cinco juristas antes referidos. Havendo divergência de opinião entre os juristas, o juiz decidia conforme a opinião da maioria, e, em caso de igualdade, pela de Papinianus.³⁷

Já bem mais tarde, ao projetar a elaboração do *Digesto*, Justiniano cuidou para que os grandes jurisconsultos tivessem um lugar de destaque nessa obra, por muitos considerada como uma Codificação, no sentido atual do termo. Daí a obra de Justiniano ser por muitos qualificada muito mais como uma obra doutrinária do que prática.

Diversamente do que acontece hoje em dia, o juiz romano contava com poucas leis à sua disposição, apenas alguns preceitos particulares, reservando aos detentores do saber um papel preponderante na elaboração do Direito. Assim, na concepção clássica, a competência legítima para *dizer* o Direito incumbia ao detentor da *auctoritas* (a ciência), e não ao detentor da *potestas* (o poder).

Uma decisão sobre o justo ou o injusto valia em razão da ciência de seu autor, e somente mereciam o qualificativo de fonte do Direito as regras determinadas por aqueles cuja *prudentia juris* fosse comprovada. Para o direito natural clássico, a Doutrina constituiu a fonte do Direito por excelência, e o período no qual esse pensamento predominou é considerado o mais brilhante de sua História.³⁸

³⁷ *Code Théodosien*, I,4,3, trad. para o francês por J. Imbert, M. Boulet-Sautel, G. Sautel, *Textes et Documents*, t. I, collection des Universités de France; ver a esse respeito, a reprodução do texto dessa lei em OPPETIT, 1993, III, tome 234, note n. 12, p. 347.

³⁸ Na Alemanha, ainda hoje, parece predominar esse pensamento em relação à missão da Doutrina. Com efeito, conforme muito bem descrito pelo prof. Claude Witz (2013), os juristas desse país concebem o Direito como uma ciência e sua produção tem cunho autenticamente científico. Segundo reporta o professor de Strasbourg, a erudição que todo universitário alemão tem em vista é muito valorizada na Alemanha, desde a época de Hegel, tendo em vista a

Retornando à nossa época e ao nosso país, a influência da Doutrina tem passado por fases diversas, desde uma relevante contribuição para o progresso do Direito Civil, como ocorreu no passado, a um momento de grande decadência na sua qualidade, a ponto de não mais poder ser qualificada como ciência.

Com efeito, descortinamos atualmente, em nosso país, um panorama doutrinário muito desigual, em que alguns poucos produzem realmente Doutrina, enquanto outros apenas preenchem requisitos com base na quantidade, sem a devida atenção à qualidade e originalidade.³⁹

Tal situação “produz um vazio doutrinário, em razão da desimportância da produção, não por quantidade” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 24 *et seq.*), em desacordo com a “finalidade da Doutrina, que é a de fazer progredir, fazer avançar o Direito”. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 27).

Contudo, malgrado o panorama desanimador acima descrito, a boa Doutrina nacional, embora escassa, tem desempenhado um relevante papel na interpretação e atualização do atual *Código Civil*, contribuindo com algumas manifestações realmente valiosas para a sua leitura atual, tal como ocorrera com o anterior *Código de 1916*.

realização do *Staatsexamen*, quando é exigido um domínio perfeito de todo o Direito. Assim sendo, a produção dos juristas alemães é de excelente qualidade e muito variada, pois o professor alemão não hesita em propor teorias iconoclastas, sem temer o desencadear de uma tempestade. Ver, desse autor, *Le Droit Allemand* (WITZ, 2013, p. 186 *et seq.*).

³⁹ Exemplo disso é o critério (ou falso critério) adotado pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) para classificar as faculdades de Direito das Universidades, fundado na quantidade da produção acadêmica, o que prejudica a verificação da sua qualidade, ainda mais carecendo esse órgão de pessoal apto para isso, dado que, normalmente, o critério de escolha dos julgadores é meramente político. Além disso, os avaliadores são em número insuficiente para avaliar a enorme produção gerada nas diferentes Universidades. Para uma visão realista da qualidade da produção acadêmica nacional, tendo como exemplo a pós-graduação da UFRGS, consultar HECK, 2019.

É preciso ressaltar o fato de um dos aspectos do novo *Código* ter tido um extraordinário desenvolvimento, mediante a contribuição permanente da melhor Doutrina nacional, especializada no campo do Direito empresarial, logrando grandes avanços e motivando uma permanente discussão relativamente a esse tema,⁴⁰ trazendo um desenvolvimento jamais antes alcançado nesse âmbito por nosso Direito privado.

Tampouco se pode omitir a menção a um dos instrumentos mais importantes para uma interpretação mais adequada dos requerimentos da nossa sociedade contemporânea, no que tange ao Direito, qual seja a utilização do Direito Comparado, recurso ao qual o Brasil, como notório, lança mão há longo tempo.⁴¹

Da mesma forma, não se pode ignorar a grande contribuição da Doutrina internacional mediante a importação, por nossos autores, de certos conceitos e soluções, posteriormente adotados pelos operadores do Direito e magistrados brasileiros, visando à solução de conflitos e dando melhor fundamento à utilização de modelos importados.

Ao finalizar essas brevíssimas reflexões acerca da Doutrina, concluímos, a partir do exposto, que esta desempenha, primordialmente, duas funções, uma, de opinião, e outra, de legitimação, daí sua relevância no mundo jurídico.

Passemos, no segmento a seguir, a uma análise da jurisprudência produzida, no plano do Direito Civil, a partir da vigência do novo *Código*, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, organizador desta obra comemorativa, da qual, com muita honra, ora participamos.

⁴⁰ Nomeamos os mais destacados, Arnaldo Wald, Modesto Carvalhosa, Fábio Konder Comparato, José Alexandre Guerreiro .

⁴¹ Sobre esse assunto, ver nosso "René David et le droit brésilien" (FRADERA, 2012, p. 43 *et seq.*).

3.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e a aplicação do *Código Civil de 2002*

Tendo nosso *Código Civil* recebido, pela via do *Codice* italiano, a doutrina de Jossierand, pareceu-nos interessante iniciar esta parte de nosso artigo por uma sua conhecida reflexão, assim expressa:

A jurisprudência constitui a matéria prima a que devem ser submetidas nossas pesquisas; o Direito é tal como o compreendem e ordenam os documentos legislativos, sendo esses apenas materiais, cuja aplicação lhes é confiada. (JOSSERAND, 1929, Préface).⁴²

Pesquisando julgados do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, deparamo-nos com decisões interessantes, aplicando, de forma correta, atualizada e justa as normas de nosso *Código Civil*, comprovando a assertiva de Jossierand.⁴³

Entre inúmeros e excelentes votos de desembargadores, membros do egrégio TJMG, por nós examinados, optamos comentar um voto recente, de autoria do Des. Leonardo Beraldo, no qual são aplicados, com maestria, os ditames da Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, de 20/09/2019, especificamente, o parágrafo único do seu novo artigo, 421-A, em decisão unânime, sob a epígrafe

⁴² No original: "La jurisprudence constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches; le droit est tel qu'elle le comprend et l'aménage, les documents législatifs n'étant que des matériaux dont l'assemblage et la mise en oeuvre lui sont confiés." (JOSSERAND, 1929, Préface).

⁴³ Neste sentido, nosso sistema de 2002 está mais próximo do sistema alemão do que do francês, pois, neste, o juiz desempenha um papel muito discreto. Quanto à figura do juiz em face do processo envolvendo litígio contratual, interessante a diferença de vocábulo empregado numa e noutra doutrina, os alemães referem-se ao *papel* do juiz (*Richterrolle*) enquanto os franceses, ao seu *poder* (*Pouvoir*), embora esse poder, na verdade, se aproxime mais de *função*, atribuída ao magistrado.

“afastamento da onerosidade”, cuja ementa segue abaixo:

Apelação cível. Ação ordinária. Contrato de subempreitada. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Error *in procedendo*. Despacho saneador. Pontos controvertidos. Não verificação. Preço unitário acima da média de mercado. Livre pactuação. Comprovação. Demandas na justiça do trabalho. Compensação. Não comprovação do desembolso. (MINAS GERAIS, 2022).

Como notório, uma vez publicada a LLE/2019, foi adotado entre nós o princípio da liberdade contratual, de acordo com a perspectiva liberal, em uma norma vazada em termos extremamente amplos, utilizando conceitos com conteúdo indeterminado, requerendo, em consequência, a busca de seu sentido jurídico, como primeiro passo para a tentativa de sua compreensão.

O inciso III do novo art. 421-A expressa, fielmente, sem deixar dúvidas, uma disposição de retorno a uma concepção liberal de contrato, malgrado a contrariedade ao posicionamento até agora esposado pelo *Código* e pela doutrina.

É de ser mencionado o fato de não constituir novidade a oposição entre os dois modos de ver a mesma questão.

Apenas para ilustrar a discussão, e remontando a épocas mais recuadas, trazemos à baila um exemplo, consistente em manifestação do Professor Niboyet (1937), em seu relatório preparatório à *Semaine Internationale du droit*,⁴⁴ no qual se manifestou nos seguintes termos: “A regra *pacta sunt servanda* permanece uma muralha inviolável!” (NIBOYET, 1937, p. 11).⁴⁵ Acrescentando: “[...] o contrato revisado tem de contrato apenas

⁴⁴ NIBOYET, J.-P. La révision des contrats par le juge: rapports préparatoires et discussions. In: SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. *Semaine internationale de droit*. Paris: Sirey, 1937. p. 1 *et seq.*

⁴⁵ No original: “La règle *pacta sunt servanda* reste un rempart inviolable.”

a denominação e é sobre os seus escombros que se estabelece a regulamentação do juiz.” (NIBOYET, 1937, p. 11).⁴⁶

A denominada LLE/2019 dispõe:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que.

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL, 2019, grifos nossos).

Com efeito, a partir dessa lei, não há como negar a presunção de serem paritários os contratos civis e empresariais, pois as partes são iguais, e é consenso que não o são os de consumo e de trabalho, sendo as partes desiguais.

Na verdade, o contrato, considerado instrumento de liberdade das partes e suporte necessário da iniciativa econômica, consiste em um ato de previsão, produtor de efeitos jurídicos desejados e aceitos.

Como bem disse o professor Didier Ferré ao prefaciar obra relativa à imputação de riscos entre contratantes, “o contrato é um instrumento de previsão e nisto traduz um ato de prudência. Ele se conjuga no futuro e por isto manifesta uma audácia”. O mesmo professor, citando outro mestre francês, Jean-Marc Mousseron, define risco de uma maneira muito feliz, merecendo ser transcrita: “todo desvio em relação à linha traçada no projeto inicial o qual as

⁴⁶ No original: “Le contrat révisé n’a plus de contrat que le nom et c’est au milieu de ses décombres que vient s’établir la réglementation du juge.” (NIBOYET, 1937, p. 11).

partes haviam inicialmente acordado". (MOUSSERON *apud* FERRÉ, 2009).⁴⁷

Camille Jauffret-Spinosi (2005), no seu relatório geral, exarado durante as *Journées brésiliennes de l'Association Henri-Capitant*, ocorridas em 2005, tendo como tema central o contrato, ao explicar a proliferação e as modificações das relações contratuais, em detrimento da regulamentação ou da lei, apresentou justificativas, perfeitamente válidas, para o momento atualmente atravessado pelo mundo ocidental, no referente ao tema do contrato.

Em primeiro lugar, a influência de países da *Common Law*, tradicionalmente hostis à lei, nos quais o Estado deixa às partes o cuidado de organizar suas relações.

O avanço do liberalismo econômico, impulsionado pela globalização, fenômeno incontestável, acabou por seduzir até mesmo os países antes adotantes do socialismo, requerendo, por isso, uma maior liberdade contratual. Assim, tendo acatado corretamente a concepção do contrato como ato de previsão, ao longo de seu voto, o Desembargador Beraldo comprova a aplicação dessa concepção de contrato, permitindo às partes a oportunidade de se apropriarem do futuro, porquanto a previsão constitui a essência do contrato.⁴⁸

Importante ressaltar a atualidade do voto do Desembargador Relator e o fato de ter sido seu voto acompanhado pelos demais membros de sua Câmara, comprovando a disposição dos juízes do TJMG de decidir de acordo com os ditames da atual lei civil.

⁴⁷ Essa definição não visa à prevenção do risco, a qual impõe uma nova aposta no futuro, mas a sua imputação, cujo objetivo é o de manter a comutatividade pretendida na conclusão do contrato, apesar dos azares, sobretudo os de cunho econômico, que não podemos, ou não queremos, prevenir.

⁴⁸ Sobre esse tema, ver P. Hébraud, "Observations sur la notion du temps dans le droit civil", em *Études Offertes à P. Kaiser*, PUAM, Aix-Marseille, 1979, t. II, p. 1 *apud* LÉCUYER, 1999, p. 643, nota 2.

Contudo, a previsão das possíveis, ou eventuais, vicissitudes do contrato pelas partes, vai demandar, entre nós, uma mudança cultural muito forte, ou seja, um desvio de uma mentalidade típica da *Civil Law*, resguardada pela lei e pelo juiz, para outra, bastante próxima da *Common Law*, avessa à intervenção do magistrado, confiando, quase exclusivamente, no tirocínio e na capacidade dos redatores do contrato, para evitar futuros problemas.

Para obtermos êxito nessa mudança, inegavelmente favorável a certos nichos da comunidade (o mundo empresarial), será preciso um intenso investimento na formação dos estudantes de Direito, para, posteriormente, atuarem no mercado como advogados e consultores em grandes empresas.

4 CONCLUSÃO

Ao finalizar nossa contribuição à obra organizada pelos eminentes Desembargadores Dresch e Beraldo, trazemos, mediante uma comparação entre Direito e Música, uma citação que julgamos bem apropriada à temática aqui apresentada, qual seja da introdução de uma lei modificando radicalmente o que havia sido posto pelo legislador originário, mas, não obstante, produzindo resultados muito positivos para a sociedade:

O interlúdio pode representar um momento inesperado segundo as regras sinfônicas, quando ele visa a introduzir um novo som musical e nos habituar a uma nova forma de apreender os acordes. Por analogia, o Direito pode nos preparar para uma execução inovadora, sem, contudo, contrariar as exigências da Justiça. (TZITZIS, 2021).⁴⁹

⁴⁹ No original: "L'interlude peut représenter un moment insoupçonable pour les règles symphoniques lorsqu'il porte à introduire un son musical nouveau et nous habituer à une nouvelle façon de saisir les accords. Par analogie, le droit peut nous préparer pour une exécution novatrice sans contrevenir pour autant aux exigences de la Justice." (TZITZIS, 2021).

REFERÊNCIAS

ABREU, Joao Leitão de. *A validade da ordem jurídica*. Porto Alegre: Of. Graf. da Livraria do Globo S.A., 1964.

ALMEIDA, Vítor Duarte. *O contrato e a Constituição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O impacto da pandemia da Covid-19 para a teoria do contrato no Direito Civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidário de relação contratual? *BDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 421-437, jul./set. 2020.

ARMINJON; NOLDE; WOLFF. *Traité de droit comparé*. Paris: LGDJ, 1950, tome 2, n. 473.

ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado. Tradução de Fabio Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, p. 237-252, 1999.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato, contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BLANC-JOUVAN, Xavier. L'influence du Code Civil sur les Codifications étrangères. In: *LE CODE Civil, 1804-2004: Livre du Bicentenaire*. Paris: Dalloz Litec, 2004. p. 477-512.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica;

estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura ordenada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2006.

CAHALI, Francisco José; NANNI, Giovanni Ettore. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do Direito privado em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura de Sandro Schipani. *Cedam-Padova*, Padova, p. 101-153, 1988.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016.

CHAZAL, J. P. Louis Josserand et le nouvel ordre contractuel. *RDC*, p. 325-332, 2003.

CODE Théodosien, I, 4, 3. Tradução para o francês por J. Imbert, M. Boulet-Sautel, G. Sautel. *Textes et Documents*, t. I. (Collection des Universités de France).

CORNU, G. *Vocabulaire juridique*. 9. ed. Paris: Association Henri Capitant, PUF, 2011.

DAWSON, John. The general clauses viewed from a distance. *Rabel's Z.*, Hamburg, B. 41, H. 3, 1977.

DEL VECCHIO. La communicabilité du droit et les doctrines de G.B. Vico. *Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, v. II, p. 591-601, 1938.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a Teoria Geral do Direito, na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora RT, 2010.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio, São Paulo e Recife: Renovar, 2007.

FERRÉ, Didier. Prefácio. In: MARTIN, Anne-Cécile. *L'imputation des risques entre contractants*. Paris: LGDJ, 2009.

FRADERA, Vera Jacob de. A Interpretação dos contratos. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A evolução do direito empresarial e obrigacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2, p. 417- 441.

FRADERA, Vera Jacob de. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019*. São Paulo: Editora RT, 2019.

FRADERA, Vera Jacob de. La Partie Générale du Code Civil brésilien. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le Droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain* (Dir.). Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 203-222.

FRADERA, Vera Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do Direito Comparado para a elaboração do Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRADERA, Vera Jacob de. René David et le droit brésilien. In: HOMMAGE à René David. Paris: Dalloz, 2012. p.43-54.

FRADERA, Vera Jacob de. Superposição de contratos. In: LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255-293. (Série GVLaw).

GUTMANN, Daniel. La fonction sociale de la doctrine juridique. *RTDciv*, p. 455- 461, jui./sep. 2002.

HALPÉRIN, J. L. *Histoire du droit privé depuis 1804*. Paris: PUF, 2001.

HARMATTY, A. Droit Civil-Droit Constitutionnel. *RIDC*, v. 1, p. 45-66 1998.

HECK, Luís Afonso. *A pós-graduação de Direito no Brasil: discussão e oportunidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2019.

JAMIN, C. Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. *In: LE CONTRAT au début du XXIe siècle: études offertes à Jacques Ghestin*. Paris: LGDJ, 2004. p. 441-475.

JAMIN, C. Le solidarisme contractuel: un regard franco-qubécois. *In: 9e. CONFÉRENCE ALBERT-MAYRAND*, Éditions Thémis, Montréal, 2005.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le Contrat, Relatório geral*. *In: JOURNÉES brésiliennes de l'Association Henri-Capitant*, São Paulo, Tome LV, p. 2-22, 2005.

JOSSERAND, L. Prefácio. *In: JOSSERAND, J. K. Cours de droit civil*. Paris: Librairie du Recueil Sirey-Dalloz, 1929.

KAMANABROU, Sudabeh. *AcP*, Tuebingen, Mohr, v. 202, p. 662-688, 4º e 5º cadernos, 2002.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LÉCUYER, Hervé. *L'avenir du droit: mélanges offertes en hommage à François Terré*. Paris: PUF, 1999.

LUCHAIRE, François. Les fondements constitutionnels du droit civil. *RTDciv*, v. 80, p. 248-283, 1992.

MACHADO, Antônio. Proverbios y cantares, XXIX. *In: CAMPOS de Castilla*.

MARTINS, Flávio Alves. *A ideia de experiência no pensamento jusfilosófico de Miguel Reale*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fator de flexibilização do sistema. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 3-32, out./dez. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Os 20 anos do Código Civil. *In: JORNADAS DE DIREITO CIVIL*, 9., 2022, Brasília, DF. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022. p. 20-29.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.170589-0/001. Relator: Des. Leonardo de Faria Beraldo. *DJe*, Belo Horizonte, 1º dez. 2022.

NIBOYET, J.-P. La révision des contrats par le juge: rapports préparatoires et discussions. *In: SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. Semaine internationale de droit*. Paris: Sirey, 1937.

NITSCHKE, Guilherme. *Lacunae contratuais e interpretação, história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

OPPETIT, Bruno. Le droit international privé, droit savant. *Recueil des Cours de la Haye*, tome III, 1993.

PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique*. Paris: LGDJ, 1975.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. República Argentina: Editorial Albatros, 1958.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Renovar, 2002.

PONCELET, Christian. Message de Monsieur Christian Poncelet, président du Sénat. *In: LE CODE Civil livre du centenaire*. Paris: Dalloz, Litec, 2004. p. 6-10.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácio de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961. v.1.

RAIZER, Ludwig. O futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RGS*, Porto Alegre, n. 9, p. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora RT, 2003.

REALE, Miguel. *O projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: RT, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 823, p. 67-86, maio 2004.

SACCO, Rodolfo. Modèles français et modèles allemands dans le Droit Civil italien. *RIDC*, n. 2, p. 225-234, 1976.

SICHES, Luís Recasens. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México: Editorial Porrúa, S/A, 1963. Primer Tomo.

SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Les droits réels dans le nouveau Code civil. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Le Droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain* (Dir.). Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p. 287-306.

TZITZIS, Stamatios. *Les interludes de droit dans la symphonie de justice*. [S. l.]: Presses de l'Université Laval, 2021. Collection Dikè.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, ano 5, p. 3-10, jan./mar. 2004.

WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. *Archiv für die civilistische Praxis*, 192/520, Heft 6, Tübingen, Mohr, 1992.

WITZ, Claude. La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations. *Recueil Dalloz*, p. 3.156 et seq. 2000.

WITZ, Claude. *Le Droit Allemand*. Paris: Dalloz, 2013.

ZAJTAY, Imre. La réception des droits étrangers et le droit compare. *RIDC*, p. 687-713, 1957.

