



VOLUME 7

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

da Parte Geral do Código Civil brasileiro





Esta obra foi selecionada para integrar a “Coleção Pesquisa Ufes”, a partir de Chamada Pública feita pela Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PRPPG) da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) aos programas de pós-graduação da universidade.

A seleção teve por base pareceres que consideraram critérios de inovação, relevância e impacto.

O financiamento da Coleção foi viabilizado por meio do Programa de Apoio à Pós-Graduação (Proap) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e de recursos do Tesouro Nacional.



**Universidade Federal
do Espírito Santo**



Editora Universitária – Edufes

Filiada à Associação Brasileira
das Editoras Universitárias (Abeu)

Av. Fernando Ferrari, 514
Campus de Goiabeiras
Vitória – ES · Brasil
CEP 29075-910

+55 (27) 4009-7852
edufes@ufes.br
www.edufes.ufes.br

Reitor

Paulo Sergio de Paula Vargas

Vice-reitor

Roney Pignaton da Silva

Chefe de Gabinete

Zenólia Christina Campos Figueiredo

Diretor da Edufes

Wilberth Salgueiro

Conselho Editorial

Carlos Roberto Vallim, Eliana Zandonade,
Eneida Maria Souza Mendonça, Fátima Maria
Silva, Graziela Baptista Vidaurre, Isabella Vilhena
Freire Martins, José André Lourenço, Marcos
Vogel, Margarete Schat Góes, Rogério Borges
de Oliveira, Sandra Soares Della Fonte, Sérgio da
Fonseca Amaral

Secretaria do Conselho Editorial

Douglas Salomão

Administrativo

Josias Bravim
Washington Romão dos Santos

Seção de Edição e Revisão de Textos

Fernanda Scopel, George Vianna,
Jussara Rodrigues, Roberta
Estefânia Soares

Seção de Design

Ana Elisa Poubel, Juliana Braga,
Samira Bolonha Gomes, Willi Piske Jr.

Seção de Livraria e Comercialização

Adriani Raimondi, Dominique Piazzarollo,
Marcos de Alarcão, Maria Augusta
Postinghel, Maria de Lourdes Zampier



Este trabalho atende às determinações do Repositório Institucional do Sistema Integrado de Bibliotecas da Ufes e está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Para ver uma cópia desta licença, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



MC&G

Diretora da MC&G Editorial

Maria Clara Costa

Secretaria do Conselho Editorial

Helena Pires

Seção de Edição e Revisão de Textos

Kdu Sena | Natalia Natalino |

Roberto Azul | Joyce Guimarães

Seção de Design

Glaucio Coelho | Victória Sacagami

Conselho Editorial

Alexandra Santos Pinheiro | UFGD | Brasil

Angélica Ferrarez de Almeida | UERJ | Brasil

Antonio Liberac C. Simões Pires | UFRB | Brasil

Arlindo Nkadibuala | UniRovuma | Moçambique

Juan Miguel González Velasco | UMSA | Bolívia

Luciano Brito | UFRB | Brasil

Maria Alice Resende | UFRB | Brasil

Núria Lorenzo Ramírez | UB-GREC | Barcelona

Rosy de Oliveira | UFRB | Brasil

Thayse Figueira Guimaraes | UFGD | Brasil

Preparação de texto

Carlos Otávio Flexa

Projeto gráfico

Edufes

Diagramação e capa

Glaucio Coelho

Revisão de texto

Roberto Azul

Joyce Guimarães

Fotografia da capa por
Mikhail Pavstyuk obtida em
<https://unsplash.com/>.

Esta obra foi composta com
a família tipográfica Crimson Text.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

S587 Silvestre, Gilberto Fachetti.
Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados da Parte
Geral do Código Civil brasileiro [recurso eletrônico] / Gilberto Fa-
chetti Silvestre. — Vitória : EDUFES ; Rio de Janeiro : MC&G, 2021.
Dados eletrônicos (e-pub) – (Coleção Pesquisa UFES ; 7).

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-88077-00-9 [coleção]

ISBN: 978-65-88077-46-7

1. Direito Civil – Brasil. 2. Brasil. [Código Civil (2002)]. I. Título.

CDD : 346.81

Elaborado por Priscila Pena Machado – CRB-7/6971

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

da Parte Geral do Código Civil brasileiro



 **EDUFES**

Vitória, 2021

Lista de quadros

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Enunciados normativos imprecisosDireito brasileiro	17
Quadro 2: Diferenças entre as teses de demarcação	18
Quadro 3: Enunciados que compõem o sistema jurídico	23
Quadro 4: Diferenças entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos	30
Quadro 5: Formulação normativa das cláusulas gerais e conceitos públicos indeterminados	31
Quadro 6: Enunciados que compõem o sistema jurídico	41
Quadro 7: Descrição dos princípios fundamentais da Parte Geral.....	55
Quadro 8: Cláusulas gerais da Parte Geral	60
Quadro 9: Conceitos jurídicos indeterminados da Parte Geral	61
Quadro 10: Diferença entre dano reflexo e eficácia <i>post mortem</i> dos direitos da personalidade.....	72
Quadro 11: Prejuízos sofridos pelas pessoas em casos de dano	73
Quadro 12: Tutelas dos direitos da personalidade	77
Quadro 13: Ânimo do biógrafo	80
Quadro 14: Posições doutrinárias sobre o abuso de direito	91

Sumário

Introdução	9
-------------------------	----------

Capítulo 1

Princípios e regras: proposta de definição pela função.....	11
--	-----------

Capítulo 2

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	26
--	-----------

Capítulo 3

A Parte Geral: importância, função e estrutura normativa	34
---	-----------

Capítulo 4

Tipos de enunciados da Parte Geral.....	41
--	-----------

Capítulo 5

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

na Parte Geral	59
-----------------------------	-----------

Cláusulas gerais.....	59
-----------------------	----

Conceitos jurídicos indeterminados.....	61
---	----

Capítulo 6

Questões polêmicas na Parte Geral	64
--	-----------

Termo <i>a quo</i> da personalidade civil da pessoa natural	64
---	----

Emancipação pela constituição de união estável	68
--	----

Termo <i>ad quem</i> da personalidade	69
---	----

Dano reflexo	71
--------------------	----

Danos à personalidade	72
-----------------------------	----

Tutela dos direitos da personalidade	75
--	----

Autonomia do paciente	77
-----------------------------	----

Relativização do direito à imagem e à privacidade de pessoas públicas	78
---	----

Direitos da personalidade da pessoa jurídica	81
--	----

Pertenças como bens acessórios	81
Função interpretativa da boa-fé objetiva.....	82
Erro reconhecível	84
Mitigação da teoria das nulidades	85
Nexo de causalidade	89
Natureza jurídica do ilícito emulativo.....	91
<i>Duty mitigate the loss</i> e prescrição e decadência.....	92
Presunção dos arts. 231 e 232	94
 Conclusão	 96
 Referências	 98
 Índice	 103
 Sobre o autor	 107

Introdução

Uma das virtudes do Direito Civil — além de ser o estatuto jurídico do ciclo de vida da pessoa — é a sua *tradição*.

O Código Civil é o conjunto de normas que regulamentam a convivência entre as pessoas naquilo que lhes é mais essencial: a família, o contrato e a propriedade, isto é, suas situações existenciais e patrimoniais.

A tradição da civilística se fundamenta em um conjunto de valores que proveem desde a Roma antiga e chegam até hoje com um conteúdo renovado a partir da releitura de seu conteúdo e extensão. Desde Roma, a intangibilidade da família, a proteção do patrimônio e a tutela da confiança são a razão de ser do próprio Direito.

O Código Civil de 2002, como o Direito Romano atual, significa a consolidação e adaptação de tais valores milenares às realidades brasileiras. Será, então, que os princípios que tanto são exacerbados hoje são realmente uma “novidade”? Será que eles são realmente superiores e prevalecem sobre todas as normas? Será que sua função é solucionar com justiça os casos concretos? Será que as regras estão à parte dos valores? Como esses princípios são inseridos no Código? Será que muitas das máximas que são chamadas de “princípios” são realmente este tipo de norma?

Essas perguntas orientaram a pesquisa a seguir apresentada, que pretende revigorar a importância das regras e da Parte Geral do Código Civil, a partir da associação desses elementos aos valores.

Nesse contexto, importante papel desenvolvem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, como estilo de redação das formulações normativas que permitem a valoração de regras a partir de princípios. Aliás, esse é o objetivo final dessa pesquisa: identificar os valores fundamentais da Parte Geral do Código Civil e qual o papel que exercem na ordem jurídica e na civilística.

Capítulo 1

Princípios e regras: proposta de definição pela função

Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 17-19) identifica a existência de duas teses essenciais para distinguir as regras e os princípios, que seriam as seguintes (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

1) *Tese da demarcação forte*: distingue regras e princípios através de uma diferença *qualitativa*. As regras são as normas que se *seguem ou não*, sem que haja uma terceira alternativa, e em caso de contradição entre elas, aplicam-se os critérios de solução de antinomias (*lex posteriori derogat anterior*; *lex superiori derogat inferior*; e *lex speciali derogat generali*), pelos quais a que cede deixa de fazer parte da ordem jurídica. Quanto aos princípios, sua força vinculante é diferente: podem ser *seguidos mais ou menos*. Não determinam a solução de casos concretos, proporcionando apenas uma base com critérios para a decisão. Por esse motivo têm sido designados como *mandatos de otimização* (Robert Alexy). Sendo assim, um princípio somente

mostra a direção ou dimensão em que se deve buscar a decisão. Ainda segundo Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 17), essa tese tem como maior representante Ronald Dworkin; e

2) *Tese da demarcação débil*: de fundamento wittgensteiniano, regras e princípios têm uma relação de *graus diferentes*, e não qualitativa. Regras e princípios pertencem à mesma categoria, qual seja, são normas jurídicas, e têm papel parecido na discricção judicial. Embora os princípios tenham uma generalidade maior que as regras, não existem características especiais que permitam distingui-los entre si. Tanto as regras quanto os princípios expressam conteúdo valorativo (diferentemente da corrente mais aceita no Brasil, de que as regras impõem condutas e os princípios representam valores). Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 18), para entender melhor essa tese, faz uma analogia da relação princípios-regras com a relação de familiares: assim como os membros de uma família, ambos se parecem, sem ser completamente idênticos (SILVESTRE, 2017, p. 95-188).

Para Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 19), a teoria da norma tem se preocupado em distinguir a *formulação normativa* (FN) e a *norma* (N). A primeira é a proposição da qual resultam conteúdos de significado daquela expressão. Contudo, com base no que ele diz, é possível verificar que em muitos casos uma proposição normativa (FN) poderá ensejar mais de uma norma, ou seja, significados diversos (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

$$FN \rightarrow N_1 \times N_2 [...] \times N_n$$

Dessa maneira, as normas aparecem como a interpretação de formulações normativas: “la interpretación de los textos jurídicos permite presentar enunciados y puntos de vista por lo que respecta a las normas jurídicas válidas, es decir, sobre los contenidos del orden jurídico” (AARNIO, 1997, p. 20).

Na maioria das vezes, a doutrina jurídica, a exemplo de Ronald Dworkin (DWORKIN, 199, p. 254-255), considera os princípios apenas como os valores da ordem jurídica. Contudo, às vezes — e talvez na maioria das vezes —, os princípios são, na verdade, regras. Quer dizer, aquilo que se considera um princípio não passa de uma regra, em razão da sua positivação, da sua formulação normativa e da sua aplicabilidade. Em razão desse tratamento que não percebe tais diferenças, Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 20-22) distingue algumas categorias de princípios (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

1) *Princípios que expressam valores ideológicos*: dizem respeito aos princípios basilares da ordem jurídica. Pode-se dizer que são o fundamento da sociedade na qual vige determinado ordenamento jurídico. Por exemplo: nos países ocidentais modernos a ideologia era o império da lei e do legislador racional, razão pela qual se fala em sistema fechado e completude; nos países que privilegiam a livre iniciativa e a economia de mercado, o Direito se constitui sobre o pilar da propriedade privada; em países médio-orientais, a ordem jurídica se fundamenta em valores religiosos e morais. No Direito Romano, atualizado pelas codificações civis, seus princípios fundamentais eram: *neminem lædere*, *pacta servare* e *suum cuique tribuere*, que a propósito influenciam o Direito Brasileiro, evidentemente que além daqueles princípios que representam as necessidades do país, como a solidariedade, a proteção do trabalhador, a proteção da família. Segundo Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 21), esses princípios também podem ser expressos em disposições ou instituições jurídicas, mas raramente servem para solucionar conflitos individuais;

2) *Princípios jurídicos positivos*: são aqueles que orientam a tomada de decisão e estão especificamente contidos no Direito positivo vigente. A própria lei assume o princípio como norma. Nessa categoria, Aulis Aarnio identifica três espécies dessa modalidade de princípios:

- *Princípios formalmente válidos*: expressos de forma direta no Direito são normas que regulam direitos básicos, como as liberdades, a igualdade, a vida, a boa-fé, a função social;
- *Generalizações jurídicas*: não são incorporados diretamente no texto legal, mas se expressa de forma geral em regras concretas: “Los principios derivados de este modo encuentran, así, *apoyo institucional* de las reglas formalmente válidas, pero ninguno de estos principios há recibido confirmación legislativa en su forma general” (AARNIO, 1997, p. 21). Aí, por indução, se descobre seu conteúdo generalizado. Aulis Aarnio (p. 21) dá como exemplo o *pacta sunt servanda*. No caso do Brasil, além deste, também é possível identificar o *favor negotti*, o *favor deboli* ou *debitoris*, o *res inter alios acta*, o *solus consensus obligat*, a intangibilidade da família, a ;
- *Princípios para a tomada de decisão*: são pautas de apoio para o intérprete das normas. Não têm apoio em disposições jurídicas, mas na cultura e tradição dos operadores do Direito. Aulis Aarnio cita (AARNIO, 1997, p. 22), como exemplos, situações específicas do direito finlandês, como o *audiatur altera pars*, a legalidade, a proibição de analogia. No caso do Brasil, esses princípios já foram incorporados ao ordenamento jurídico, de forma que aqui constituem generalizações;

3) *Princípios extrassistêmicos*: são os princípios morais que o discurso do intérprete confere *status* jurídico. Tal situação ocorre por causa da discricionariedade do juiz. No Brasil, tais princípios poderiam ser utilizados por causa do livre convencimento motivado do juiz, previsto no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 e atualmente no art. 371 do Código de Processo Civil de 2015.

Quando se analisa as teses básicas sobre as quais a literatura jurídica fundamenta sua compreensão e entendimento sobre a relação entre regras e princípios, há sempre o vício de colocar os princípios e as regras como duas normas diferentes, seja quanto à qualidade ou à gradação. Contudo, Aarnio (AARNIO, 1997, p. 22-24) identifica que a partir da relação entre ambos é possível identificar quatro tipos de normas:

- *Regras (R)*: determinam uma conduta a partir de enunciados claros. O exemplo é a proibição de lesar outrem ou de matar;
- *Princípios que são como Regras (PR)*: são os princípios que se aproximam da categoria das regras, estipulando conduta para a realização de um valor. São princípios que no momento de sua execução ou se segue ou não se segue, por isso sua semelhança com as regras. Um exemplo é a liberdade de expressão, que proibirá a censura;
- *Regras que são como Princípios (RP)*: são as normas cujo âmbito de aplicação é aberto e flexível. Estabelecem uma conduta em âmbito valorativo;
- *Princípios (P)*: expressam valor a partir de uma formulação aberta, tendo as funções ou utilidades descritas nas teses da demarcação forte e da demarcação débil.

Para Aulis Aarnio (AARNIO, 1997, p. 23), a diferença básica entre regras (*R* e *RP*) e princípios (*P* e *PR*) se encontra na linguagem: “Las reglas y los principios se expresan en un lenguaje y, desde el punto de vista lingüístico, su relación mutua es completamente diferente de la distinción entre las diferentes normas de significados expresados”. A diferença fundamental entre regras e princípios é quanto à linguagem normativa, isto é, a formulação do enunciado interpretativo. Para tanto, o autor apresenta três questionamentos que podem contribuir para compreender quando um enunciado normativo constitui regra e quando constitui um princípio, quais sejam:

- a) Qual o *status* deontico das regras e dos princípios, ou, em outras palavras, como é sua estrutura normativa?
- b) Como as regras e os princípios estão em vigor, quer dizer, de que maneira fazem parte da ordem jurídica?
- c) Como são utilizados as regras e os princípios para o processo de interpretação e aplicação do Direito?

Aulis Aarnio formulou algumas distinções, que aqui serão tomadas como base, a seguir adaptadas à realidade jurídica brasileira. Dessa maneira, a partir destes questionamentos, pode-se elaborar as seguintes respostas com base na legislação brasileira:

(a) *Quanto à formulação da norma:*

Na linguagem normativa, pode-se formular significados *precisos* ou *imprecisos*. Os significados precisos são aqueles que possibilitam com menor complexidade — ou quase nenhuma — o processo de subsunção de um fato (F) a uma norma (N_n). No que se refere à imprecisão, fala-se de enunciados normativos que se expressam de forma vaga, valorativa ou cognitivamente aberta, podem ter vários significados ou, às vezes, não ter clareza (AARNIO, 1997, p. 24-25). O quadro a seguir sistematiza e analisa os enunciados normativos que se expressam de forma imprecisa no Direito brasileiro (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

Quadro 1: Enunciados normativos imprecisos do Direito brasileiro

NORMA	FORMULAÇÃO
R	Geralmente inequívocas e raramente ambíguas, estabelecem modais deonticos proibitivos (<i>p</i>), permissivos (<i>ph</i>) ou obrigatórios (<i>o</i>) no âmbito das condutas dos sujeitos de direito. Assim é, por exemplo: 1) proibido (<i>p</i>), <i>prima facie</i>, celebrar negócios com condição potestativa (art. 123, <i>in fine</i>); 2) é permitido (<i>ph</i>) aos familiares tutelarem direitos da personalidade do morto (parágrafo único do art. 12); e é obrigatória (<i>o</i>) a celebração do negócio por escritura pública na compra e venda de imóveis de valor superior a 30 salários-mínimos (art. 108).
RP	Geralmente são ambíguas, mas se referem à situações específicas, especiais, ou circunstâncias do caso. Nesse caso, não é possível todos os fatos que irão satisfazer os elementos essenciais da norma. Dessa maneira, é possível que da formulação (<i>FN</i>) ambígua ou vaga resultem vários significados normativos (<i>N</i>), o que pode se expressar da seguinte maneira: $FN \rightarrow N_1 \times N_2 [\dots] \times N_n$. Sendo “x” uma disjunção, ou seja, vários significados possíveis. O exemplo a ser citado, para mais facilmente compreender, é o art. 422, que se refere à obrigatoriedade de agir com boa-fé e probidade nas fases pré e pós-contratual, assim como na fase contratual (execução do contrato); o art. 475 (cláusula resolutiva), da qual resulta a <i>substantial performance</i> como forma de coibir o abuso do direito do credor de resolução do contrato em caso de inadimplemento; o art. 423 (interpretação favorável ao aderente), que expressa o princípio do <i>favor deboli</i> ou <i>favor debitoris</i>. No caso da Parte Geral, as formulações que podem ser citadas como sendo desse tipo são as do art. 187 (abuso de direito); do art. 2º (termo <i>a quo</i> da personalidade civil), do art. 113 (interpretação de acordo com a boa-fé); dos arts. 170, 172 e 184 que respaldam o <i>favor negotii</i>.
PR	Apresentam formulação (<i>FN</i>) ambígua, mas os significados (<i>N</i>) são direcionados, específicos, embora às vezes variáveis. O exemplo poderia ser a liberdade de expressão (<i>FN</i>), que apresenta formulação genérica, valorativa e cognitivamente aberta, mas que permite resultados direcionados de forma especificada e deontilizada (<i>p</i>, <i>ph</i> e/ou <i>o</i>), tais como: não ser censurado (<i>N₁</i>), exercer a liberdade de cátedra (<i>N₂</i>). Em se tratando de Parte Geral, pode-se exemplificar esse tipo de norma jurídica o art. 15 (autonomia do paciente), o art. 20 (tutela da fama e da imagem) e o art. 21 (inviolabilidade da vida privada).

NORMA	FORMULAÇÃO
<i>P</i>	Sempre são valorativamente abertos (<i>FN</i>). Seus significados são variados e igualmente abertos, valorativa e cognitivamente (<i>N</i>). Em resumo, o princípio (<i>P</i>) oferece mais de um significado. Contudo, não se aplicam a casos concretos, mas colaboram na escolha do melhor significado (<i>N</i>) para resolver um problema da vida entre os sujeitos de direito, quer dizer, entre as várias opções de significados formulação normativa: $FN \rightarrow N_1 \times N_2 [...] \times N_n$, o princípio permitiria a escolha do <i>N</i> mais razoável (alguns diriam <i>justo</i>) que representa a solução mais apropriada para o caso concreto. Por essa razão, o princípio (<i>P</i>) sempre estará associado a uma regra (<i>R</i> ; <i>RP</i>), para lhe garantir a melhor aplicação. Embora Aulis Aarnio não faça essa observação, adaptando o dito por ele à realidade à Parte Geral do Código Civil, pede-se vênia para concluir que tais princípios não se encontram objetivados (direito objetivo) em algum dispositivo legal entre os arts. 1º ao 232. São positivados porque constituem a parte imaterial do nosso Direito, mas não estão escritos, pelo menos não na Parte Geral, que apresenta alguns <i>PR</i> . São exemplos: a dignidade da pessoa humana (como cláusula geral de personalidade), a solidariedade, a eticidade, a vontade (real e declarada), a autonomia privada (do paciente e negocial), a livre iniciativa, o <i>turpitudinem suans allegans non datur audiat</i> , o <i>favor negotii</i> , o <i>favor deboli</i> , o <i>utile per inutile non vitiatur</i> , a responsabilidade, o <i>pacta sunt servanda</i> (<i>uti lingua nuncupassit ita jus esto</i>).

Fonte: Silvestre (2017, p. 95-188).

(b) Estrutura normativa:

Tem por objetivo distinguir semanticamente as regras (*R*; *RP*) dos princípios (*P*; *PR*). Retomando o que fora dito sobre as teses de demarcação, observa-se:

Quadro 2: Diferenças entre as teses de demarcação

TESE	DIFERENÇA
<i>Demarcação forte</i>	Quanto às regras são seguidas <i>sim</i> ou <i>não</i> ; e os princípios são seguidos <i>mais</i> ou <i>menos</i> (Ronald Dworkin). Ou, então, os princípios são mandatos de otimização, que permitem o processo decisório quanto à melhor regra a ser aplicada ao caso concreto (Robert Alexy).

TESE	DIFERENÇA
<i>Demarcação débil</i>	Princípios são formulações gerais, mas a diferença entre ambas é quase impossível de ser feita, porque tanto os princípios quanto as regras expressam valores, quer dizer, são idênticos.

Fonte: Silvestre (2017, p. 97-98).

Ambas as teses fazem concluir que regras e princípios têm natureza normativa, ou seja, *deôntica*. Assim, para Aulis Aarnio, ambos se expressariam com a mesma linguagem para ambas as teses, de modo que o autor entende que a diferença repousaria no “fenômeno axiológico” diferenciado que a interpretação dos enunciados proporcionaria (AARNIO, 1997, p. 27).

Parece, porém, quanto a esse aspecto, que as regras (*R*), as regras que são como princípios (*RP*) e os princípios que são como regras (*PR*) apresentam sim linguagem normativa, *deôntica*. Quando se fala em regra, se fala em uma ordem, e não um pedido (*imperatividade*).

Já os princípios (*P*), estes sim, se expressam por enunciados axiologicamente formulados e compreendidos, que nada determinam; apenas indicam qual seria a solução mais razoável, oportuna (ou justa ou equitativa, como queiram), para um caso concreto. Mas que fique claro: não têm *imperatividade* e, por isso, nem *exigibilidade*, embora apresentem *juridicidade*.

(c) Função na argumentação jurídica:

Tanto as regras quanto os princípios são argumentos utilizados para a interpretação razoável das normas jurídicas e sua consequente aplicação. Em ambos os casos são fundamentos de decisão: “Esto quiere decir que una interpretación o una decisión recibe específicamente un cierto contenido porque está basada en una cierta regla o en un cierto principio” (AARNIO, 1997, p. 30).

A diferença, parece, está no âmbito de aplicação de tais normas: enquanto as regras têm campo de aplicação *restrito* à conduta por ela

prevista, os princípios podem ser argumentos em diversos casos e situações, dado seu conteúdo valorativo aberto.

Isso posto, indaga-se: qual a relevância da distinção entre regras (*R*), regras que são como princípios (*RP*), princípios que são como regras (*PR*) e princípios (*P*)? No Direito, perguntar qual a importância significa, na verdade, qual a utilidade dessa diferenciação toda. Nesse sentido, é possível identificar duas ordens de relevância:

1) *Teórico-conceitual ou acadêmica*: que não pode ser menosprezada, pois é uma contribuição da dogmática (juristas) para que os operadores do Direito (juízes, advogados *etc.*) possam compreender conceitos para aplicá-los e operacionalizá-los corretamente; e

2) *Pragmática*: aqui sim a diferença se apresentará útil, para verificar, principalmente, quando cada uma das categorias (*R*; *RP*; *PR*; *P*) se aplicará e quais as suas consequências próprias. Daí é possível identificar o seguinte (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

- *P* não se aplica diretamente a casos concretos, porque não têm referência precisa e não apresentam tais objetivos. Trata-se daquilo que se convencionou designar de *princípios gerais do direito*. Sua função: estimular o processo legislativo para a criação de *R*, *RP* e *PR*; estabelecer critérios objetivos de interpretação das *FN*; estimular a decisão quanto a qual norma (*N*), resultante da *PF*, deve ser aplicada na solução de determinado caso concreto; determinar a *ratio legislatoris*, a *ratio legis* e a *ratio juris*. Quer dizer, *P* incide sobre o processo de interpretação, decisão, aplicação e argumentação das atividades jurídicas. Não dão ordem e não tem exigibilidade; são fatores de motivação. Assim, *P* não pode ser infringido, de tal modo que um comportamento contraditório a ele não é causa responsabilidade. Segundo Paolo Comanducci, o princípio é um instrumento político utilizado por juízes e legisladores (COMANDUCCI, 1998, p. 96). A partir disso,

então, pode-se enumerar as seguintes funções dos princípios na ordem jurídica: 1) Orientam o processo de criação de normas (processo judicial ou legislativo), informando as circunstâncias que requerem e merecem regulamentação jurídica; 2) Indicam quando as normas — gerais ou individuais — são razoáveis (ou “justas”, como queiram); 3) Motivam decisões judiciais; e 4) Indicam qual a interpretação mais adequada ao caso concreto (não necessariamente a mais politicamente correta);

- *R* se aplica a casos concretos para: atribuir poderes, faculdade e poder-deveres aos sujeitos de direito; dar solução a problemas da vida; resolver conflitos de interesse; conservar a ordem pública; estabelecer o correto exercício de direitos subjetivos; proteger as legítimas expectativas das pessoas; *etc.* não é exagero afirmar que têm mais importância que os princípios, pois representam o cotidiano dos sujeitos de direito e aquilo que mais lhes interessa diretamente. Duas características são caras a *R*: seu conteúdo representa sempre uma *p*, ou uma *ph* ou uma *o*;
- *PR* são valores previstos expressamente no ordenamento jurídico dos quais decorrerão regras de comportamento, ou seja, maneiras como as pessoas deverão agir. Nestes casos, a principal consequência é a aplicação de sanções para aqueles que não se comportam de acordo com tais princípios, porque nestes casos há uma conduta imposta por um *P* e que deve ser cumprida. Portanto, há possibilidade de infração e, por isso, a responsabilidade civil (dever de indenizar a infração de um dever primário como forma de sanção). As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados poderão vir expressos no Código Civil dessa maneira. Parece que esses enunciados normativos são aquilo que ficou convencionado denominar de *princípios jurídicos*; e

- *RP* são regras de comportamento que expressam um determinado valor, ou seja, foram postas no ordenamento jurídico para garantir o cumprimento e gestões de esforços de acordo com aquele valor que se quer assegurar. Pode-se dizer que é uma forma coercitiva de dar aplicação e estimular conduta de acordo com um valor que o legislador considera necessário incorporar à vida das pessoas (ex. 186, princípio da responsabilidade e do *neminem lædere*). Enquanto em *PR* cabe ao intérprete/aplicador determinar ou encontrar no próprio sistema a sanção pelo descumprimento da *FN*, em *RP* o legislador já previu as sanções e consequências para a infração do valor. Parece que esse conceito apresentado por Aulis Aarnio e aqui desenvolvido muito se aproxima, ainda que acidentalmente, com a crítica que Josep Aguiló Regla faz Manoel Atienza e Juan Ruiz Manero quanto à distinção que estes fazem entre *princípios em sentido estrito* e *diretrizes* (REGLA, 2005, p. 329-340). Para Josep Aguiló Regla, os chamados “princípios em sentido estrito” são verdadeiras diretrizes (no sentido de regra) que expressam valores (REGLA, 2005, p. 339).

É um erro crer que o ordenamento jurídico é composto apenas por *regras* e *princípios*. Também no ordenamento é possível encontrar *definições* (*D*) (COMANDUCCI, 1998, p. 90),¹ são enunciados que restringem a interpretação porque definem o significado de determinadas expressões, ou seja, indicam especificamente o que o

1 Conferir em Comanducci (1998, p. 90): “En particular, los principios han sido individualizados diferenciándolos de las reglas de conducta. Cabe agregar, sin embargo, que estas dos clases (principios y reglas) non son exhaustivas del conjunto de las normas: a aquellas clases muchos teóricos añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales y/o las definiciones y/o las normas de competencia y/o los valores y/o las directrices, etc.”.

legislador pensou para aquela formulação normativa (*FN*). Por exemplo, é o acontece com o art. 121; o art. 334; o art. 394; o art. 398; o inciso I do art. 428; o art. 538; o § 2º do art. 889; o *caput* do art. 911; o *caput* do art. 966; o art. 1.142; o art. 1.196; o *caput* do art. 1.198; o art. 1.361; e o § 2º do art. 1.412.

José Juan Moreso também faz uma distinção entre *enunciados jurídico-deônticos* e *enunciados jurídico-conceituais*. Os primeiros são as normas em sentido estrito ou regras prescritivas, referindo-se a determinadas consequências normativas. Não se trata de novidade, pois aqui são as consideradas *R*. Já os segundos são variáveis proposicionais, que não prescrevem, conduta ou consequência, mas trazem conceituações e a compreensão do sistema sobre determinada matéria (MORESO, 1997, p. 76-77) Tais enunciados aqui serão designados *D* (SILVESTRE, 2017, p. 95-188).

Dessa maneira, o sistema jurídico é formado a partir dos seguintes enunciados:

Quadro 3: Enunciados que compõem o sistema jurídico

TIPO	CARACTERIZAÇÃO
<i>P</i>	São imateriais e orientações axiológicas.
<i>PR</i>	São princípios que são como regras, pois se trata de valores que impõem conduta aos sujeitos de direito. No enunciado normativo, <i>o princípio é explícito e as regras são implícitas</i> .
<i>RP</i>	São as regras que são como princípios, referindo-se a situações em que se estabelece conduta com a finalidade de preservar um valor. No enunciado normativo, <i>a regra indica um princípio implícito</i> .
<i>R</i>	Estabelecem conduta com consequência.
<i>D</i>	São proposições que enunciam o entendimento do ordenamento sobre uma determinada matéria.

Fonte: Silvestre (2017, p. 100-110).

Outra coisa, porém, é a linguagem com que se expressam tais enunciados. Rafael Hernández Marín identifica que na *FN* existem expressões

bem formuladas e com sentido completo, ou então expressões incompletas quanto ao seu sentido. Neste último caso, tem-se como consequência a formulação de *enunciados abertos* (MARÍN, 2002, p. 198).

Dessa maneira, os tipos *P*, *PR*, *RP*, *R* e *D* podem conter expressões preliminarmente de *significado amplo*. Segundo Rafael Hernández Marín, não se trata de “*textura aberta*” (*open texture*) das expressões, que implicará em um problema de vagueza (MARÍN, 2002, p. 198). Veja no exemplo dado por ele:

[...] las expresiones ‘Estaba lloviendo’ y ‘Llegó tarde’ son enunciados abiertos; pues, aunque parecen enunciados, a ambas les falta algún término para convertirse en expresiones con sentido completo. En el primer ejemplo, falta la indicación del tempo y del lugar donde estaba lloviendo; en el segundo, falta indicar qué o quién llegó tarde. Algo análogo cabe decir de la expresión ‘Él llegó tarde’. En este último caso, para que dicha expresión se convierta en una expresión bien formada y con sentido completo (para que se convierta en un enunciado), es preciso substituir el pronombre ‘Él’ que en ella aparece por un término (por ejemplo, por ‘Juan’ o ‘el padre de Juan’).

Qual a importância dessas definições e distinções? Como se verá, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados apresentam vagueza cuja determinação depende da opção por uma dentre algumas *N*, cujo significado dependerá da base axiológica a ser preservada. Apresentam, dessa forma, *textura aberta*, cujo processo cognitivo de seu alcance dependerá de sua compreensão a partir de fatores internos e externos ao Direito. Também Genaro R. Carrió trata da importância de se socorrer de fatores externos para determinar o significado dos enunciados normativos (CARRIÓ, 2001, p. 28-33). Contudo, há outros termos nas *FN* — seja de qual tipo for, e até mesmo nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados — que apresentam indeterminação e variáveis significados, mas que não

trazem consigo nenhuma base axiológica; apenas a indeterminação quanto à sua completude. Neste caso, tem-se os *enunciados abertos* tratados por Rafael Hernández Marín.

A diferença de linguagem acaba por provocar distintas elaborações de *N*, já que no caso dos termos de *open texture* a interpretação necessariamente passará por critérios axiológicos para ter validade material e razoabilidade e racionalidade. Quanto aos *enunciados abertos* a interpretação é mais restritiva, estrita ao significado comum. Pode-se dizer até que, neste último caso, a interpretação valorativa seja proibida: primeiro porque esse não foi o objetivo do legislador; e segundo para evitar discussões argumentativas que poderiam provocar recursos judiciais e tornar a prestação da tutela jurisdicional extemporânea e ineficiente.

Capítulo 2

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Preliminarmente, deve-se esclarecer que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são uma maneira escolhida pelo legislador para redigir o Código Civil. É uma técnica legislativa caracterizada pelo uso de termos gerais e abstratos que exigem intensa atividade interpretativa para relacionar um de seus significados a casos concretos ou problemas da vida.

Pierluigi Chiassoni resume as diversas definições de cláusula legal tratando-a como “uma expressão cujo significado não pode ser determinado sem fazer referência a um conjunto (ou sistema) de parâmetros — jurídicos, morais, sociais de uma arte, de uma técnica, de uma ciência, de uma disciplina — a que esta expressão se refere” (CHIASSONI, 2011, p. 89).² Assim, o conteúdo real de cada cláusula

2 Conferir Chiassoni (2011, p. 89): “Una expresión cuyo significado no puede ser determinado sin hacer referencia a un conjunto (o, podríamos también decir, sistema) de parámetros — jurídicos, morales, sociales, de un arte, de una técnica, de una ciencia, de una disciplina — por ésta (presuntamente) referidos”.

geral será conhecido a partir do seu preenchimento por um conteúdo valorativo (NERY, 2008, p. 209).

O mesmo ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados: são enunciações abstrato-gerais, que exigem uma interpretação sofisticada para aplicar o dispositivo legal a um caso concreto, mas com uma “facilidade” em relação às cláusulas gerais: a consequência normativa já foi prevista pelo legislador, enquanto nas cláusulas gerais o juiz deverá formular uma consequência, pois o legislador não a previu.

Segundo Rosa Maria de Andrade Nery, quando um princípio é positivado, ou seja, transformado enunciado da lei, torna-se uma cláusula geral (NERY, 2008, p. 210). Quer dizer, então, que na divisão das normas entre regras e princípios, e estes últimos em princípios gerais do direito (imateriais) e princípios jurídicos (positivados), as cláusulas gerais têm a função de introduzir os princípios no ordenamento jurídico. Ou seja, os princípios jurídicos são cláusulas gerais (enquanto forma de enunciados).

Referindo-se a uma proposta lançada em 2010 por Vito Velluzzi, Pierluigi Chiassoni analisa uma (re)definição explicativa apresentada por aquele autor (CHIASSONI, 2011, p. 90):

La cláusula general es un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por la indeterminación, por lo que el significado de tal término o sintagma no es determinable (o dicho de otro modo, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, entre sí competidores potenciales.

Dessa (re)definição, é possível obter as seguintes conclusões para melhor compreender a técnica das cláusulas gerais (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

- *A cláusula geral é um termo ou sintagma:* significa que sempre se expressarão por meio de termos (palavras individuais ou expressões). Ou pedaços de normas (sintagma), que se associarão a outro enunciado normativo para ter significado completo e aplicação. A experiência brasileira quanto às normas vagas, pelo menos no que se refere às cláusulas gerais, indica que elas não são ou um termo ou um sintagma. Quer dizer: se expressam por meio de palavras individuais ou em conjunto com amplo significado e que só ganham sentido quando ligadas a outra norma. Portanto, no Código Civil brasileiro, *as cláusulas gerais são sintagmas com termos amplos*;
- *Natureza valorativa caracterizada pela indeterminação:* na verdade, a cláusula geral ganha essa característica porque *o termo é indeterminado e o sintagma é valorativo*. Evidentemente que o sintagma adquirirá essa característica por causa das palavras que constituem o termo (p. ex.: “boa”, de boa-fé). Por isso, é possível afirmar que as cláusulas gerais são, na maioria das vezes, enunciados normativos do tipo RP (regras que são como princípios). A *indeterminação* não significa que o termo tem seu significado desconhecido, isto é, não se sabe o que é. A indeterminação quer dizer que o termo ou expressão pode ter vários significados possíveis; sua abrangência é ampla e, conseqüentemente, abrange várias situações da vida. Já o valor indica que aquele sintagma deseja incorporar um determinado padrão axiológico à conduta das pessoas e ao cotidiano da sociedade;
- *As condições de aplicação do termo ou sintagma não são individualizáveis:* refere-se ao fato de as cláusulas gerais terem uma aplicação abrangente. Têm maior abstratividade que as normas comuns. Contudo, a situação a que se aplica a cláusula não é necessariamente abrangente. Por exemplo: a

função social do contrato (art. 421) se aplica ao processo de contratação em sentido amplo, porém em todas as decorrências desse processo. A situação é determinada (*contrato*), mas a aplicação é ampla (*ambas as partes, em todas as fases, para todos os direitos*);

- *Necessidade de recorrer a critérios e parâmetros internos e externos ao Direito*: claro que a indeterminabilidade dos termos terá que, em algum momento, se tornar determinável ou determinada, para, evidentemente, ter utilidade e ser aplicado em algum caso concreto. Para, neste caso, tornar-se possível determinar o termo, o intérprete deverá recorrer a vários fatores, critérios ou juízos, que segundo Pierluigi Chiassoni podem ser internos ou externos. Parece que os recursos internos são as próprias normas, definições e precedentes que estão no próprio ordenamento jurídico. Assim, a utilização de tais recursos ocorre por meio de uma interpretação sistemática ou a partir da chamada *ratio legis* ou *ratio juris*. O recurso a fatores, critérios ou juízos externos ao Direito ocorre quando o intérprete busca em elementos morais, religiosos, culturais, sociais, geográficos, econômicos etc., um sentido para os termos vagos empregados nas cláusulas gerais;
- *Potencial competição entre os critérios e parâmetros internos e externos ao Direito*: embora Pierluigi Chiassoni não esclareça o que entende por isso, parece que ele se refere à possibilidade de conflito entre o ordenamento jurídico (no todo ou em parte) com os critérios morais, religiosos, culturais, sociais, geográficos, econômicos. Um exemplo: dizer que o Estado é laico significa proibir a fixação de crucifixos ou impedir o uso de burca por islâmicas nas escolas públicas? É obvio que se verifica nesse caso um conflito entre o que o Direito parece dizer e os fatores religiosos. Como decidir?

De igual maneira, os conceitos jurídicos indeterminados — ou conceitos *legais* indeterminados, como prefere Rosa Maria de Andrade Nery — (NERY, 2008 p. 211) também são termos vagos, abertos, de grande amplitude, de significado e alcance variados. Isso significa que eles podem, assim como as cláusulas gerais, se amoldar a várias situações da vida. São, portanto, arquétipos para a solução de vários conflitos, problemas da vida e soluções.

Os conceitos jurídicos indeterminados também podem ser *sin-tagmas*, quando um enunciado apresenta os termos vagos e consequência se encontra em outro enunciado. Um exemplo de quando isso acontece ocorre com o dever de indenizar em razão do abuso de direito: o conceito vago está no art. 187 e a consequência no *caput* do art. 927. Seja como for, a consequência é certa e prevista inequivocamente pelo legislador.

Rosa Maria de Andrade Nery (NERY, 2008, p. 210-212) aponta algumas semelhanças e diferenças entre as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que podem ser assim sistematizados (SILVESTRE, 2017, p. 95-188). Veja o Quadro 4:

Quadro 4: Diferenças entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos

ELEMENTOS	CLÁUSULA GERAL	CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO
Hipótese normativa	Expressões genéricas e abstratas.	Expressões ou palavras de conteúdo e extensão vagos, imprecisos, genéricos, abstrato e lacunoso.
Consequência normativa	Construída pelo juiz da forma que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto.	A solução já está preestabelecida na própria norma; o juiz identifica se a norma vaga se aplica ao caso concreto, mas não tem função criadora, pois a lei já determinou a consequência dela advinda.

ELEMENTOS	CLÁUSULA GERAL	CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO
Papel do juiz	Exerce função interpretativa (quanto às expressões e termos) e integradora (cria direitos e consequências para os casos concretos). O juiz dá a concreção.	Exerce função interpretativa (quanto ao significado das palavras) e aplicadora (das consequências previstas na própria norma vaga).
Preenchimento da indeterminação	Por meio de valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos.	Por meio de valores, assim como as cláusulas gerais.
Função	Dar ao Código Civil mobilidade e abertura, menor rigidez e engessamento, adaptando o Código a novas realidades da vida civil.	Também diminuem a rigidez do sistema, assim como as cláusulas gerais. Contudo, abrandam as desvantagens do estilo abstrato-generalizador.

Fonte: Silvestre (2017, p. 100-110).

Quanto à formulação lógico-normativa, é possível elaborá-la da seguinte maneira, tomando como referência a fórmula tradicional $H \rightarrow C$ (ou “*Se A, deve ser B*”), sendo: H a hipótese normativa (fato ou circunstância relacional) e C a consequência para aquele fato (SILVESTRE, 2017, p. 95-188). Observar o Quadro 5:

Quadro 5: Formulação normativa das cláusulas gerais e conceitos públicos indeterminados

CLÁUSULA GERAL
$H \rightarrow C$ $F [S_1 \times S_2 \times (...) S_n] \rightarrow C_1 \times C_2 \times (...) C_n$

$$H \rightarrow C$$

$$F [S_1 \times S_2 \times (...) S_n] \rightarrow C_1 \times C_2 \times (...) C_n$$

A fórmula expressa a indeterminação de H , que caracteriza as normas vagas, porque o legislador empregou na formulação normativa (F) palavras ou expressões vagas. O fato (F) não é indeterminado. Ao contrário: sabe-se sobre qual situação da vida ela se aplica. Por exemplo, a cláusula geral da boa-fé objetiva do direito contratual somente se aplica ao fato jurídico chamado “contrato”). Porém, aquele fato se relaciona a várias situações jurídicas (S) decorrentes do vínculo relacional entre pessoas, oferecendo diversos significados (S_n). No caso do exemplo da boa-fé objetiva, a cláusula geral se aplica à fase pré-contratual, à fase contratual, à fase pós-contratual, aos deveres anexos à prestação principal, à conduta cooperativa, ao adimplemento, à responsabilidade e coerência das partes. Por isso existem várias situações (S_n) que se relacionam com o fato e que o juiz deve identificar como sendo a situação da vida a que se aplicam, e seu significado. A consequência (C), assim como as situações-significados, também será indeterminada (C_n). Nesse caso, dentre as várias C possíveis, o juiz adotará aquela que melhor solucionar, do seu ponto de vista equitativo, o caso concreto. Mas, lembre-se, as referidas consequências (C_n) não são oferecidas pelas FN (formulações normativas), mas são concebidas pelo processo de interpretação judicial.

CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

$$H \rightarrow C$$

$$F [S_1 \times S_2 \times (...) S_n] \rightarrow C$$

Tal qual nas cláusulas gerais, a hipótese normativa (H) das normas escritas com conceitos jurídicos indeterminados também é vaga, diz respeito a diversas situações — embora o fato seja certo — e tem vários significados. A diferença está em C : o legislador, tendo previsto expressamente a sanção normativa (prêmio, coação ou punição) já a determinou previamente, cabendo ao juiz escolher um dentre os vários significados e aplicar o prescrito pelo legislador em C .

Fonte: Silvestre (2017, p. 121).

Dessas formulações é possível concluir que (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

- No que se refere às *cláusulas gerais*, elas têm um conteúdo valorativo justamente porque expressam princípios. Não à toa, Pierluigi Chiassoni as designa como “locuções valorativas indeterminadas” (CHIASSONI, 2011, p. 101). Mas, com a positivação, as cláusulas gerais fazem com que o princípio se torne uma norma, ou seja, ele

deixará de ser um referencial axiológico-hermenêutico para ser uma norma jurídica, regendo a conduta dos sujeitos de direito em várias situações jurídicas (S_n). Dessa maneira, as cláusulas gerais são *princípios* que criam *regras* de comportamento para as pessoas. Assim, cláusulas gerais são *princípios que são como regras* (PR); e

- Já os *conceitos jurídicos indeterminados* estabelecem comportamentos, pois há sanção em caso de seu descumprimento, ou um prêmio por atender a certos requisitos. Mas se aplicam a situações (S_n) que apresentam a necessidade de avaliação axiológica. A conduta ali esperada pretende concretizar um valor expresso na norma formulada com expressões indeterminadas. Ou seja, é uma situação em que a regra de conduta quer incrementar um valor no comportamento dos sujeitos de direito. Por isso, é possível afirmar que os conceitos jurídicos são *regras que são como princípios* (RP).

A associação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados com as *regras* (R) se dá em razão do fato de ambos os tipos de normas vagas ou *open texture* servirem à solução de conflitos. Contudo, por causa da carga valorativa que pretendem expressar (essa foi a intenção do legislador), também se relacionam com os *princípios* (P). Por isso, dessa relação, tem-se que a técnica legislativa das normas vagas cria *regras-princípios* (PR e RP). Isso acontece porque a diferença entre princípios e regras é *fraca* (*superación débil*), já que depende da *função* que exercem para ser assim caracterizados. Segundo Paolo Comanducci, “la configuración de una norma como principio o como regla es generalmente, en el marco jurídico, sucesiva a la producción de la norma y conectada con su uso por parte de los operadores de derecho y de la dogmática” (COMANDUCCI, 1998, p. 94).

Capítulo 3

A Parte Geral: importância, função e estrutura normativa

Ao tratar da Parte Geral do Direito Civil — e, consequentemente, do Código Civil — surge como questionamento sua utilidade para a dogmática do Direito Privado hoje? Afinal, é útil a Parte Geral hoje?

A Parte Geral é produto do jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX. Trata-se de um modelo generalizante desenvolvido pela Pandectística, que pretendia sistematizar, ordenar, o *Digesto* ou *Pandectas* do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que era dividido em 50 livros. O modelo pandectístico de ordenação e categorização teve início com Gustav Hugo e passou por Georg Arnold Heise, Friedrich Carl von Savigny e Bernhard Windscheid (PINTO, 2005, p. 18-19).

A Parte Geral se fundamenta em um “corpo de princípios legais e institutos inter-relacionados”. Aliás, é um dos elementos que distinguem a tradição de *civil law* da *common law*, já que nesta os institutos não constituíam uma unidade, mas um todo disparatado, segundo John Henry Meryman e Rogelio Pérez-Perdono (MERYMAN, 2009, p. 105).

São conhecidos dois modelos de sistematização do Direito Civil, que interferem na estruturação do Código Civil (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

- *Modelo germânico ou plano de Savigny*: divide as matérias em Parte Geral, que disciplina o sujeito (pessoa), os bens e os fatos; e Parte Especial, dividido em obrigações (contratos, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e empresa), coisas (posse e direitos reais), família e sucessões. O exemplo da divisão foi o Código Civil brasileiro de 2002; e

- *Modelo romano-francês ou plano de Gaius*: divide a ordenação civil em três matérias: pessoas (sujeitos e família), coisas e ações ou modos de aquisição (contratos, obrigações e sucessões).

Tradicionalmente, a Parte Geral invoca para si uma autonomia de três ordens:

- *Científica*: tem objeto de estudo próprio, elementos gerais inter-relacionados sistematicamente a outros da Parte Especial;

- *Didática*: é um modelo de categorização de matérias e disciplinas do Direito Civil que favorecem a compreensão desse ramo do Direito Privado. Refere-se, então, ao estudo do Direito Civil nas universidades, facilitando compreender conceitos elementares, institutos e princípios fundamentais; e

- uma Parte Geral com disciplina jurídica própria, que no caso do Brasil se encontra entre os arts. 1º e 232 do Código Civil.

A crítica atual feita a esse modelo, segundo destaca Carlos Alberto da Mota Pinto (PINTO, 2005, p. 20), é que as regras e princípios sofreriam desvios em pontos lá na Parte Especial.

Mas, em defesa do modelo, pode-se dizer que tais desvios são quantitativos, e ainda assim em pequeno número se comparado com a quantidade de normas do Código Civil. Mas qualitativamente pode-se

dizer que entre a Parte Geral e a Parte Especial há um fundo comum “apreciável” (PINTO, 2005, p. 19). Além disso, é indubitável que a Parte Geral oferece subsídios para as lacunas da Parte Especial.

Demonstrando a importância da Parte Geral, escreve Carlos Alberto da Mota Pinto:

Efectivamente, a Parte Geral tem a pretensão de concentrar os princípios e as regras comuns a todo o direito civil (o tal ‘*fundo comum*’ de que falava a Comissão de revisão do Código), nela se incluindo os elementos ou denominadores comuns das partes especiais. É fruto de um trabalho científico de elevado nível e profundidade e exige um rigor técnico assinalável. Facilita o conhecimento e a compreensão da lei e, por conseguinte, a sua aplicação prática; de um ponto de vista científico, corresponde mesmo a uma das tarefas indeclináveis da doutrina. [...] a crédito da Parte Geral se pode assinar-lhe um importante efeito de *racionalização*, evitando, designadamente, que o legislador tenha de operar com constantes remissões [...]. (PINTO, 2005, p. 20)

A Parte Geral normatiza e sistematiza os elementos essenciais da Teoria Geral da Relação Jurídica de Direito Privado (PINTO, 2005, p. 24), quais sejam, o *sujeito*, o *objeto* e o *vínculo fático*, disciplinando os aspectos fundamentais das *situações jurídicas* (direito subjetivo, faculdade, potestades, poderes-deveres).

Em defesa da Parte Geral, pode-se dizer que ela tem um papel mais estrutural do ordenamento/sistema do Direito Civil, sendo a legítima “Lei de Introdução ao Código Civil”, pois se pauta mais em regras gerais e definições teóricas que necessariamente em princípios abstratos. Por isso, verifica-se uma maior quantidade de *R*, *RP* e *PR*, e praticamente todos os *P* que informam as regras da Parte Geral irão também informar e embasar as *FN* dos livros específicos (Parte Especial) (SILVESTRE, 2017, p. 95-188).

A Parte Geral trata daquilo que é comum a todas as situações jurídicas (obrigações, família, posse, propriedade). Porém, deixa para cada Livro da Parte Especial a positivação de valores característicos da relação jurídica específica. Motivo: cada relação em especial tem seus valores em especial. Causaria confusão, por exemplo, a Parte Geral determinar como incidiria a função social em cada típico específico de situação jurídica.

Dessa maneira, ela tem por fim estabelecer o alicerce estrutural, a base sobre a qual é erigido e constituído o ordenamento civil. Contudo, esses elementos formais foram postos ali na Parte Geral e adquiriram conteúdo histórico-cultural a partir de valores, ou seja, princípios (*P*), dos quais foram criados, desenvolvidos, aperfeiçoados, recepcionados, os referidos elementos estruturais. Fala-se, com isso, em princípios que *informam* as normas da Parte Geral, que constituirão sua base axiológica ou material. E o que significa dizer que os princípios *informam* as normas da Parte Geral? *Informar* tem três significados (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

- *Criar*: quer dizer que os princípios orientaram o processo legislativo que criou as normas do Código Civil, nesse caso, mais especificamente a Parte Geral;
- *Interpretar*: indicam o caminho mais razoável (ou “justo”) para o processo decisório (judicial) e;
- *Orientar*: refere-se ao papel cognitivo que os princípios oferecem para compreender as normas e elaborar a dogmática civil.

O conceito de relação jurídica é extremamente caro à Parte Geral do Direito Civil, por dois motivos: 1) todos os institutos do Direito Civil (personalidade, família, posse, direitos reais, obrigações, sucessão) se desenvolvem por meio de relações jurídicas; e 2) a Parte Geral sistematiza os elementos comuns a todas essas relações, afinal, todas têm pessoas, bens e um vínculo. Assim, Carlos Alberto da Mota Pinto (PINTO, 2005, p. 29-31) descreve a importância de tal conceito:

O Direito não regula o homem isolado ou considerado em função das suas finalidades individuais, mas o homem no seu comportamento convivente. Não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson. O Direito, mesmo quando atribui posições ditas ‘absolutas’, sobre bens exteriores ao titular ou sobre aspectos ou modos de ser da sua pessoa, *pressupõe sempre a vida dos homens uns com os outros* e visa disciplinar os interesses contrapostos nesse entrecruzar de atividades e interesses — disciplina que é conseguida dando *supremacia a um interesse e subordinando outro*. Por força dessa disciplina criam-se, portanto, enlaces, nexos, liames entre os homens, traduzida em *poderes e vinculações*, constitui a relação jurídica. Neste quadro, a situação da pessoa revela juridicamente apenas enquanto ela está em relação com os outros: como *relação jurídica*.

A conclusão é esta: as pessoas, no mundo contemporâneo, *não vivem, mas convivem*. *Conviver é vida em comum*, viver junto. E o “comum” ou “junto” depende do *outro*. Logo, o Direito — que regula a vida — disciplina as *relações entre o indivíduo e os outros*, que ao serem normatizadas se tornam *relações jurídicas*.

Agora, é claro que a definição de relação jurídica — que a Parte Geral enquanto ordenamento não faz e nunca fez, cabendo à doutrina essa função — precisa ser revisitado, como ocorre em praticamente tudo na vida e na própria ciência do Direito. Por exemplo, o conceito deve ser revisado para melhor reconhecer os entes coletivos (pessoas jurídicas) como sujeitos de direito, para reconhecer a necessidade de cooperação entre os sujeitos por causa do paradigma da solidariedade e eticidade, a tutela da personalidade, a conservação dos atos irregulares para que cumpram sua finalidade socioeconômica. Por isso, não faz sentido uma crítica feita à Teoria Geral da Relação Jurídica como um “veredicto anti-humanista”, como o faz Orlando de Carvalho (PINTO, 2005, p. 30).

A Parte Geral oferece apontamentos gerais, principalmente para casos de lacunas na Parte Especial. Porém, o mais importante

são os *P* (princípios) que informam as normas da referida Parte Geral. Veja, a partir do momento que uma norma está ali na Parte Geral introduzida por determinado *P*, então isso significa que o Código Civil se orienta por aquela base axiológica, que se expande ou estende para todas as outras relações jurídicas especiais da Parte Especial — evidentemente no que couber. Para demonstrar esse papel da Parte Geral, pode-se citar os seguintes exemplos (SILVESTRE, 2017, p. 95-188):

- Os fundamentos da teoria do adimplemento substancial, utilizada para interpretar o art. 475 (cláusula resolutiva), é o abuso de direito (art. 187, norma expressa) e o *favor negotii*. Esse princípio, diferentemente do abuso, não se encontra explícito em *R*, *RP* ou *PR*, mas já que informa os artigos 170, 172, 184 e o § 2º do art. 157, entende-se que de maneira implícita se encontra na base de todas as relações obrigacionais. Por isso se aplica aos contratos e obrigações, tanto no art. 475 quanto nos arts. 317 e 479 também;

- A multifacetada dignidade da pessoa humana é hoje o critério mais importante de interpretação das normas e situações familiares. Esse princípio é aplicado a tais situações porque se encontra na base das relações pessoais, conclusão que se obtém da proteção dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21);

- O *favor deboli*, que orienta a interpretação do art. 423, do art. 424, do art. 475, do art. 477, do art. 1.242 e do § 1º do art. 1.561, dentre outros, é decorrência da proteção às partes desfavorecidas nas hipóteses de vícios do consentimento e;

- O princípio do *neminem lædere*, que orienta o art. 186, também terá incidência na aplicação das normas da responsabilidade civil.

Dessa maneira, verifica-se que a Parte Geral permanece tendo sua tradicional importância e um novo papel, revisitado. Pode-se dizer, então, que ela desempenha dois papéis basilares (SILVESTRE, 2017, p. 95-188): 1) *Formal*: a Parte Geral estrutura a relação jurídica

com a disciplina geral e fundamental de seus elementos, presentes em todas as relações específicas dos institutos civis; e 2) *Material*: significa que ela tem um conteúdo axiológico para fundamentar a Parte Especial. Assim, ela supõe categorias de valores para as instituições civis.

Que importância tem ao discutir esse assunto no contexto dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados? A resposta é óbvia: 1) os *P* da Parte Geral orientam a interpretação das *FN* e a escolha da melhor *N* na Parte Especial que poderá ser aplicada (processo decisório); e 2) os *P* da Parte Geral colaboram no processo de cognição e valoração das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a delimitar sua extensão, âmbito de aplicação e determinação pela função (SILVESTRE, 2017, p. 95-188).

Capítulo 4

Tipos de enunciados da parte geral

Serão utilizadas as seguintes legendas:

- *P* – princípios
- *PR* – princípios que são como regras
- *RP* – regras que são como princípios
- *R* – regras
- *D* – definições ou enunciados conceituais
- *EC* – enunciado completo
- *EA* – enunciado aberto
- *CJI* – conceito jurídico indeterminado
- *CG* – cláusula geral.

Quadro 6: Enunciados que compõem o sistema jurídico

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
1º	<i>PR</i>	EC	O princípio da igualdade coloca todas as pessoas em condições de adquirir direitos, criando a regra de não as diferenciar.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
2º	<i>PR</i>	EC	A personalidade em si é tida como um valor do sistema, criando a regra de atribuição da condição de sujeito de direito e proteção de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais da pessoa.
3º	<i>R</i>	EC	Quais e quando os sujeitos estão autorizados a praticar atos civis.
4º	<i>R</i>	EC	Quais e quando os sujeitos estão autorizados a praticar atos civis.
5º	<i>R</i>	EC e EA	Todo o dispositivo se apresenta como regra com enunciação completa. Quanto a este último ponto, apenas o inciso V do § único traz um enunciado aberto (“economia própria”).
6º	<i>R</i>	EC	Regra de término da pessoa. Há discussão doutrinária quanto ao término da personalidade. No caso de se entender que a personalidade continua produzindo efeitos <i>post mortem</i> , então tem-se uma <i>PR</i> : o valor personalidade produz efeitos (princípio) mesmo após a pessoa ser considerada morta (regra).
7º	<i>R</i>	EC e EA	O termo “perigo de vida” do inciso I é um enunciado aberto.
8º	<i>R</i>	EC	Não há.
9º	<i>R</i>	EC	Não há.
10	<i>R</i>	EC	Não há.
11	<i>RP</i>	EA	Proteção à personalidade (dignidade humana) a partir da proibição de disposição dos direitos da personalidade. “Direitos da personalidade”, dado ao fato de o Código Civil não os elenca em rol taxativo ou exemplificativo pode ser considerado um enunciado do tipo aberto.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
12	<i>Caput: PR</i> § único: <i>R</i>	<i>Caput: CG</i>	O princípio da dignidade impõe a regra (nesse caso ao juiz e ao ofensor) de tomar medidas de salvaguarda da integridade física, moral e intelectual da pessoa. O § único é regra porque obriga a aceitar a tutela pelos familiares.
13	<i>Caput: RP</i> § único: <i>R</i>	EA	“Bons costumes” torna a <i>FN</i> do <i>caput</i> um anunciado aberto. A regra protege a integridade física e determina uma regra de incolumidade.
14	<i>R</i>	EC	Não há.
15	<i>PR</i>	CG	A proibição de impor tratamento médico decorre do princípio da autonomia privada (especificada como <i>autonomia do paciente</i>).
16	<i>RP</i>	EC	A regra de ter direito ao nome e o que se considere nome indica a proteção da identidade (dignidade).
17	<i>PR</i>	CG	O princípio é a integridade moral. O enunciado é vago por causa do termo “desprezo público”.
18	<i>R</i>	EC	Não há.
19	<i>R</i>	EC	Não há.
20	<i>Caput: RP</i> § único: <i>R</i>	CJI	Regra de conduta de incolumidade para preservar a intimidade. Trata-se de EA por causa de “administração da justiça” e “manutenção da ordem pública”.
21	<i>PR</i>	CG	Vida privada como valor fundamental de incolumidade da pessoa, que cria regra para as pessoas e para o juiz.
22	<i>R</i>	EC	Não há.
23	<i>R</i>	EC	Não há.
24	<i>R</i>	EC	Não há.
25	<i>R</i>	EC	Não há.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
26	<i>R</i>	EC	Não há.
27	<i>D</i>	EC	Define o que o Código Civil entende por “interessados” para fins de abertura da sucessão provisória.
28	<i>R</i>	EC	Não há.
29	<i>R</i>	EC	Não há.
30	<i>R</i>	EC	Não há.
31	<i>R</i>	EC	Não há.
32	<i>R</i>	EC	Não há.
33	<i>R</i>	EC	Não há.
34	<i>R</i>	EC	Não há.
35	<i>R</i>	EC	Não há.
36	<i>R</i>	EC	Não há.
37	<i>R</i>	EC	Não há.
38	<i>R</i>	EC	Não há.
39	<i>R</i>	EC	Não há.
40	<i>D</i>	EC	O que se considera pessoa jurídica, classificando em de direito privado e de direito público. Não há conduta.
41	<i>Caput : D</i> <i>§ único: R</i>	EC	O que se considera pessoa jurídica de direito público. Não há conduta.
42	<i>D</i>	EC	Não há.
43	<i>R</i>	EC	Regra de indenizar danos causados pelos agentes diplomáticos.
44	<i>D</i> <i>§ 1º: RP</i>	EC	O que se considera pessoa jurídica de direito privado. Não há conduta. O § 1º cria regra para garantir a liberdade religiosa.
45	<i>R</i>	EC	Qual requisito para se tornar pessoa jurídica de direito privado.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
46	R	EC	Não há.
47	R	EC	Não há.
48	R	EC	Não há.
49	R	EC	Não há.
49-A	D	EC	Incluído pela Lei n. 13.874/2019. Define a independência da pessoa jurídica em relação às pessoas naturais que dela participam (independência de responsabilidade).
50	<i>Caput: RP</i> § 1º: D § 2º: D § 3º: D § 4º: D § 5º: D	CJI	Redação e inclusões feitas pela Lei n. 13.874/2019. Regra de não utilizar a pessoa jurídica para fins ilícitos, como forma de preservar a boa-fé, e preservar sua moralidade. Os §§ 1º e 2º definem o que é “confusão patrimonial” e “desvio de finalidade”.
51	R	EC	Não há.
52	RP	CJI	Proteção da personalidade como um todo, seja da pessoa natural quanto da jurídica. Regra de incolumidade.
53	<i>Caput: D</i> § único: R	EC	Diz o que o CC entende por associação.
54	R	EC	Não há.
55	R	EC	Não há.
56	R	EC	Não há.
57	R	EA	“Justa causa” é termo amplo.
58	R	EC	Não há.
59	R	EC	Não há.
60	R	EC	Não há.
61	R	EC	Não há.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
62	<i>Caput: R</i>	EC e EA	Com alterações e inclusões feitas pela Lei n. 13.151/2015 apresenta os requisitos para constituir uma fundação. O parágrafo traz enunciados abertos quanto ao que se possa entender por aquelas finalidades ali descritas.
63	<i>R</i>	EC	Não há.
64	<i>R</i>	EC	Não há.
65	<i>R</i>	EC	Não há.
66	<i>R</i>	EC	Não há.
67	<i>R</i>	EC	Não há.
68	<i>R</i>	EC	Não há.
69	<i>R</i>	EC	Não há.
70	<i>D</i>	EC	O que se entende por domicílio.
71	<i>R</i>	EC	“Considerar-se-á” representa um comando.
72	<i>D</i>	EC	Não há.
73	<i>R</i>	EC	Não há.
74	<i>R</i>	EC	Não há.
75	<i>R</i>	EC	Não há.
76	<i>R</i>	EC	Não há.
77	<i>Caput: R</i> <i>§ único: D</i>	EC	O <i>caput</i> determina o domicílio das pessoas ali descritas. Já o parágrafo define quais são os domicílios necessários.
78	<i>R</i>	EC	Não há.
79	<i>D</i>	EC	Define bens imóveis.
80	<i>R</i>	EC	Manda considerar.
81	<i>R</i>	EC	Manda considerar.
82	<i>D</i>	EC	Define móveis.
83	<i>R</i>	EC	Manda considerar.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
84	<i>R</i>	EC	Manda considerar.
85	<i>D</i>	EC	Define bens fungíveis por via direta e infungíveis por via indireta.
86	<i>D</i>	EC	Define bens consumíveis por via direta e inconsumíveis por via indireta.
87	<i>D</i>	EC	Define bens divisíveis por via direta e indivisíveis por via indireta.
88	<i>R</i>	EC	Manda considerar indivisível por vontade das partes.
89	<i>D</i>	EC	Não há.
90	<i>D</i>	EC	Não há.
91	<i>D</i>	EC	Não há.
92	<i>D</i>	EC	Não há.
93	<i>D</i>	EA	EA's: "modo duradouro", "uso", "serviço", "aformoseamento".
94	<i>R</i>	EC	Não há.
95	<i>R</i>	EC	Não há.
96	<i>D</i>	EC e EA	Os §§ 1º e 2º apresentam termos abertos ("agradável", "uso").
97	<i>R</i>	EC	Não há.
98	<i>D</i>	EC	Define quais são os bens públicos.
99	<i>Caput: D</i> <i>Incisos: D</i> <i>§ único: R</i>	EC	Define quais são os bens públicos.
100	<i>R</i>	EC	Não há.
101	<i>R</i>	EC	Não há.
102	<i>R</i>	EC	Não há.
103	<i>R</i>	EC	Não há.
104	<i>RP</i>	EC	Regras para o correto exercício da autonomia privada / negocial.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
105	<i>R</i>	EC	Não há.
106	<i>R</i>	EC	Não há.
107	<i>RP</i>	EC	O princípio <i>solus consensus obligat</i> se encontra amparado a regra da validade formal dos negócios. Atenção: consensualismo não é princípio, mas manifestação fática do princípio <i>solus consensus obligat</i> .
108	<i>R</i>	EC	Não há.
109	<i>R</i>	EC	Não há.
110	<i>RP</i>	EC	A regra de produção de efeitos do negócio com reserva mental protege a confiança.
111	<i>R</i>	EC	Não há.
112	<i>R</i>	EC	Não há.
113	<i>Caput: PR</i> § 1º: <i>RP</i> § 2º: <i>R</i>	CG	Redação e inclusões feitas pela Lei n. 13.874/2019. <i>Caput</i> : a boa-fé aparece como princípio que cria regras de conduta e interpretação do negócio jurídico. § 1º: “boa-fé” (inciso III), “usos, costumes e práticas do mercado” (inciso II), “comportamento das partes” (inciso I), “razoável negociação” e “racionalidade econômica das partes” (inciso V), estabelecem padrões sobre como interpretar o negócio jurídico. § 2º: direito das partes de criarem regras próprias de interpretação.
114	<i>R</i>	EC	Não há.
115	<i>R</i>	EC	Não há.
116	<i>R</i>	EC	Não há.
117	<i>R</i>	EC	Não há.
118	<i>R</i>	EC	Não há.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
119	R	EC	Não há.
120	R	EC	Não há.
121	D	EC	Define condição e quando ela estará presente no negócio.
122	R	EA e EC	No <i>ab initio</i> do artigo (até o ponto e vírgula) há EA (“ordem pública” e “bons costumes”). No <i>in fine</i> são EC.
123	R	EC	Não há.
124	R	EC	Não há.
125	R	EC	Não há.
126	R	EC	Não há.
127	R	EC	Não há.
128	RP	CJI	Não há.
129	R	EC	Não há.
130	R	EC	Não há.
131	R	EC	Não há.
132	R	EC	Não há.
133	RP	EC	A regra de favorecimento de herdeiros e devedores na contagem de tempo tem por objetivo preservar a parte mais frágil (princípio do <i>favor deboli</i>).
134	R	EC	Não há.
135	R	EC	Não há.
136	R	EC	Não há.
137	R	EC	Não há.
138	RP	CJI	A regra de anulabilidade existe como meio de proteção da confiança e da parte mais frágil.
139	D	EC	Define o que o CC entende por erro (substancial).

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
140	R	EA	“Motivo” é conceito amplo, já que o CC não especifica se, por exemplo, é a causa-eficiente ou a causa-motivo.
141	R	EC	Não há.
142	R	EA	“Seu contexto e pelas circunstâncias” podem ter acepções amplas.
143	R	EC	Não há.
144	R	EC	Não há.
145	R	EA	“Causa” é conceito amplo, já que o CC não especifica se, por exemplo, é a causa-eficiente ou a causa-motivo.
146	R e D	EC e EA	A primeira parte do dispositivo (até “perdas e danos”) é uma regra com EC; a segunda parte é definitiva do que se entende por dolo acidental, e se trata de EA dada a amplitude de “outro modo”.
147	R	EC	Não há.
148	R	EC	Não há.
149	R	EC	Não há.
150	RP	EC	Preservação do princípio da confiança por meio da proibição de favorecimento pela própria torpeza (<i>turpitudinem suam allegans non datur audiat</i>).
151	Caput: RP § único: R	Caput: CJI § único: EA	Caput: a regra de anulabilidade existe como meio de proteção da confiança e da parte mais frágil. § único: dá poder ao juiz, amplo por causa da análise das “circunstâncias”.
152	R	EC	Não há.
153	R	EC	Não há.
154	R	EC	Não há.
155	R	EC	Não há.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
156	<i>Caput: RP</i> § único: <i>R</i>	<i>Caput: CJI</i> § único: <i>EA</i>	<i>Caput</i> : a regra de anulabilidade existe como meio de proteção da confiança e da parte mais frágil. § único: dá poder ao juiz, amplo por causa da análise das “circunstâncias”.
157	<i>Caput: RP</i> §1º: <i>R</i> §2º: <i>RP</i>	<i>Caput: CJI</i> §1º: <i>EC</i> §2º: <i>CJI</i>	<i>Caput</i> : a regra de anulabilidade existe como meio de proteção da confiança e da parte mais frágil. §1º: regra de cálculo. §2º: determinação de conservação do negócio (<i>favor negotii</i>).
158	<i>Caput: RP</i> §§: <i>R (?)</i>	<i>EC</i>	Proteção da confiança dos credores e proibição de se aproveitar da própria torpeza (<i>turpitudinem suans allegans non datur audiat</i>).
159	<i>RP</i>	<i>EA</i>	Proteção da confiança dos credores e proibição de se aproveitar da própria torpeza (<i>turpitudinem suans allegans non datur audiat</i>). Amplitude está em “notória”.
160	<i>R</i>	<i>EC</i>	Não há.
161	<i>R</i>	<i>EC</i>	Não há.
162	<i>RP</i>	<i>EC</i>	Proteção da confiança dos credores e proibição de se aproveitar da própria torpeza (<i>turpitudinem suans allegans non datur audiat</i>).
163	<i>RP</i>	<i>EC</i>	Proteção da confiança dos credores e proibição de se aproveitar da própria torpeza (<i>turpitudinem suans allegans non datur audiat</i>).
164	<i>R</i>	<i>EC</i>	Não há.
165	<i>R</i>	<i>EC</i>	Não há.
166	<i>RP</i>	<i>EC</i>	Reconhecimento do poder jurígeno da autonomia privada / autonomia negocial. Há regras de como exercer a liberdade negocial.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
167	<i>Caput: RP</i> §§: <i>D</i>	EC	A regra da nulidade protege a segurança, a boa-fé e a função social da relação negocial. Os §§ definem as situações simulatórias.
168	<i>R</i>	EC	Não há.
169	<i>R</i>	EC	Não há.
170	<i>RP</i>	EC	Direito de requalificação do negócio nulo para garantir a manutenção do negócio (<i>favor negotii</i>).
171	<i>R</i>	EC	Não há.
172	<i>RP</i>	EC	Direito de ratificar o negócio anulável para garantir a manutenção do negócio (<i>favor negotii</i>).
173	<i>R</i>	EC	Não há.
174	<i>R</i>	EC	Não há.
175	<i>R</i>	EC	Não há.
176	<i>R</i>	EC	Não há.
178	<i>R</i>	EC	Não há.
179	<i>R</i>	EC	Não há.
180	<i>R</i>	EC	Não há.
181	<i>R</i>	EC	Não há.
182	<i>R</i>	EC	Não há.
183	<i>R</i>	EC	Não há.
184	<i>RP</i>	EC	Direito de ratificar o negócio anulável para garantir a manutenção do negócio (<i>favor negotii</i>).
185	<i>R</i>	EC	Não há.
186	<i>D</i>	EC	Trata-se de um caso especial. Embora tenha caráter definitório, o dispositivo se embasa em dois princípios: incolumidade da pessoa (pessoal ou patrimonial) e responsabilidade.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
187	<i>RP</i>	CJI	Regra para estimular a conduta proba (boa-fé).
188	<i>R</i>	EA	Os incisos apresentam termos cujo significado depende de implicações do caso concreto.
189	<i>RP</i>	EC	Regra temporal de exercício da pretensão para garantir a segurança das relações jurídicas.
190	<i>R</i>	EC	Não há.
191	<i>R</i>	EC	Não há.
192	<i>R</i>	EC	Não há.
193	<i>R</i>	EC	Não há.
194	Revogado	0	Revogado pela Lei n.º 11.280/2006.
195	<i>R</i>	EC	Não há.
196	<i>R</i>	EC	Não há.
197	<i>R</i>	EC	Não há.
198	<i>R</i>	EC	Não há.
199	<i>R</i>	EC	Não há.
200	<i>R</i>	EC	Não há.
201	<i>R</i>	EC	Não há.
202	<i>R</i>	EC	Não há.
203	<i>R</i>	EC	Não há.
204	<i>R</i>	EC	Não há.
205	<i>R</i>	EC	Não há.
206	<i>R</i>	EC	Não há.
207	<i>RP</i>	EC	Regra temporal de exercício da pretensão para garantir a segurança das relações jurídicas.
208	<i>R</i>	EC	Não há.

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
209	R	EC	Não há.
210	R	EC	Não há.
211	R	EC	Não há.
212	R	EC	Não há.
213	R	EC	Não há.
214	R	EC	Não há.
215	R	EC	Não há.
216	R	EC	Não há.
217	R	EC	Não há.
218	R	EC	Não há.
219	R	EC	Não há.
220	R	EC	Não há.
221	R	EC	Não há.
222	R	EC	Não há.
223	R	EC	Não há.
224	R	EC	Não há.
225	R	EC	Não há.
226	R	EC	Não há.
227	Revogado	0	Revogado pelo inciso II do art. 1.072 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil).
228	R	EC	Revogações parciais, alterações e inclusões feitas pela Lei n. 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência).
229	Revogado	0	Revogado pelo inciso II do art. 1.072 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

ARTIGO	TIPO	LINGUAGEM	OBSERVAÇÕES
230	Revogado	0	Revogado pelo inciso II do art. 1.072 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil).
231	R	EC	Não há.
232	R	EC	Não há.

Fonte: Silvestre (2017, p. 95-188.)

Estatisticamente, tem-se que a Parte Geral apresenta *PR* (princípios que são como regras), *RP* (regras que são como princípios) e *D* (definições). Todo o restante — artigos isolados, *caput*, incisos e parágrafos — constituem regras.

Quanto aos princípios, evidentemente, não estão escritos, já que se estivessem seriam, na verdade, *PR* ou *RP*. Mas é possível destacar a presença dos seguintes princípios na Parte Geral, que terão o papel de informar as regras e definições, e orientar o processo interpretativo e decisório. Ver Quadro 7.

Quadro 7: Descrição dos princípios fundamentais da Parte Geral

PRINCÍPIO	DESCRIÇÃO
Igualdade	Atribui a todos os nascidos vivos as condições para se tornarem sujeitos de direitos e deveres e de exercício de poderes. Ao Código Civil importa a chamada “igualdade formal” (que é a legítima igualdade). Exs.: atribuição de capacidade e personalidade.
Propriedade	Proteção dos incapazes e das partes cuja manifestação de vontade se encontra viciada. O Direito Civil protege os incapazes, e não indiligentes ou desatentos. Exs.: proteção dos incapazes e dos prejudicados nos vícios do negócio.

PRINCÍPIO	DESCRIÇÃO
Dignidade da pessoa	Enquanto dever geral de incolumidade dos aspectos físicos, morais e intelectuais da pessoa. Considerando que o art. 52 estende às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade no que couber, parece que o Código foi além da visão tradicional de dignidade da pessoa humana, para preservar a integridade da pessoa. Ou seja, a dignidade é da pessoa (natural ou jurídica). Exs.: tutela dos direitos da personalidade.
Socialidade (função social)	Quando anula a fraude contra credores, considerado vício social.
Eticidade (boa-fé)	Quando impõe comportamento adequado à boa-fé objetiva. Outra questão que decorre da eticidade é a proibição de se beneficiar da própria torpeza (<i>turpitudinem suans allegans non datur audiat</i>). Exs.: boa-fé; vícios; abuso de direito.
Operabilidade	Quando realiza definições que facilitam a compreensão e aplicação de suas FN. Exs.: rol de incapazes e atuação <i>ex officio</i> do juiz na nulidade.
<i>Neminem lædere</i>	Proibição de causar dano (patrimonial ou extra-patrimonial). Exs.: ato ilícito e tutela da personalidade.
<i>Pacta servare</i> (<i>Uti lingua nuncupassit ita jus esto</i>)	Vinculação à manifestação de vontade, que poderá ensejar responsabilidade patrimonial. Além disso, fala-se aqui, também, na tutela da confiança. Ex.: reserva mental desconhecida.
<i>Suum cuique tribuere</i>	Justiça material para que ninguém se aproprie de direito de outro. Exs.: proibição de impedir o implemento da condição.
<i>Solus consensus obligat</i>	A vinculação entre negociantes se dá pela manifestação de vontade de forma simples. Basta o acordo, independente de formalidade e solenidade. Ex.: consensualismo.

PRINCÍPIO	DESCRIÇÃO
<i>Favor deboli</i> ou <i>favor debitoris</i>	Proteção das pessoas que ocupam posição desprivilegiada em situações jurídicas. Ex.: proteção da parte que age em estado de necessidade. Obs.: demonstra aos críticos da igualdade formal do Direito Civil, — que se consideram — “vanguardistas”, que este ramo também se preocupa com a igualdade material.
<i>Favor negotti</i> ou conservação	Privilegia a manutenção do negócio jurídico para que cumpra sua função socioeconômica quando for possível mitigar a teoria das nulidades. Ex.: medidas sanatórias de nulidades.
Autonomia privada (ou autonomia negocial)	Trata-se da liberdade de se vincular em relações jurídicas ou jurídico-negociais. Não há obrigatoriedade de celebrar pactos, de modo que estes são feitos livremente, desde que respeitados os requisitos. Ex.: requisitos de validade do negócio e ato jurídico em sentido estrito.
Segurança jurídica	Remete à estabilidade das situações jurídicas. Ex.: prescrição e decadência.
Intangibilidade da família	Garantia de proteção do núcleo familiar. Ex.: direito dos familiares de tutelarem os direitos da personalidade do morto.
Liberdade probatória	Escolha do melhor meio de prova do fato jurídico.
Proibição de prova ilícita	Estipula as provas admissíveis em direito para fins de comprovação dos fatos jurídicos. Não regulamenta a produção da prova, que cabe ao processo civil.

Fonte: SILVESTRE (2017, p. 95-188)

Observe, por fim, que certas máximas que são chamadas de “princípios” na verdade não o são, já que não trazem consigo qualquer valorativa. É o que ocorre, no caso da Parte Geral, com os chamados “princípio do consensualismo”, “princípio da acessoriedade” e “princípio da formalidade”. Afinal, qual o valor eles congregam para serem chamados de princípios?

Essas máximas são, em realidade, regras, pois estabelecem requisitos de existência e validade para atos jurídicos (consensualismo e formalismo) ou para dirimir dúvidas sobre o destino de coisas e bens (acessoriedade).

Capítulo 5

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados na Parte Geral

CLÁUSULAS GERAIS

Como visto, as premissas do que se considera cláusula geral são as seguintes: 1) termo ou expressão com vagueza; 2) são princípios que criam regras (*PR*); 3) não preveem consequência jurídica em caso de conduta inadequada ao preceito; 4) a consequência é fixada pelo juiz, que no caso tem papel integrador do Direito; e 5) o processo decisório sobre as cláusulas gerais é feito a partir de uma interpretação axiológica.

Pode-se identificar, no quadro a seguir, as seguintes cláusulas gerais na Parte Geral do Código Civil:

Quadro 8: Cláusulas gerais da Parte Geral

FN	DESCRIÇÃO
Caput do art. 12	<i>Termo vago:</i> “direito da personalidade”. <i>Valor/princípio:</i> dignidade da pessoa (humana). <i>Observação:</i> o Código optou por não elencar rol de direitos da personalidade. Assim, é possível entender o alcance desses direitos a partir do contexto histórico e das necessidades sociojurídicas. Por exemplo: fala-se, atualmente, em <i>direito da/à felicidade</i>, ou os direitos ambientais. <i>Consequência:</i> embora haja uma vaga previsão sobre as tutelas indenizatória de perdas e danos e inibitória de lesão, não aparece: as tutelas compensatórias por dano moral; a forma de fazer cessar; e a tutela reintegratória.
Art. 15	<i>Termo vago:</i> “risco de vida”. <i>Valor/princípio:</i> incolumidade/dignidade. <i>Observação:</i> o risco à vida não pode ser encarado apenas como a possibilidade de morrer biologicamente. Os direitos da personalidade importam na proteção dos aspectos físicos, morais/espirituais e intelectuais. Fala-se, dessa maneira, em uma “vida moral”, que também pode sofrer riscos; ou “vida intelectual”, referente ao conhecimento adquirido, produzido e propagado de uma pessoa. <i>Consequência:</i> o que ocorre se passar pela intervenção cirúrgica ou pelo tratamento?
Art. 17	<i>Termo vago:</i> “desprezo público”. <i>Valor/princípio:</i> incolumidade moral (dignidade). <i>Observação:</i> o nome se refere à identidade e história da pessoa. <i>Consequência:</i> e se for usado em circunstâncias que causam desprezo público?
Art. 21	<i>Termo vago:</i> “vida privada”. <i>Valor/princípio:</i> integridade moral (dignidade). <i>Observação:</i> parece que a questão da vida privada passa hoje por uma revisão em razão do papel que as pessoas ocupam na sociedade. Trata-se da discussão da divulgação de bibliografias não autorizadas. As pessoas tidas por “públicas” teriam reduzida sua privacidade. Pergunta-se: o que é pessoa pública? O que é privacidade, nesses casos? Que aspectos podem ser divulgados? Qual o limite? <i>Consequência:</i> o que ocorre em caso de desrespeito à vida privada?

FN	DESCRIÇÃO
Art. 113	<i>Termos vagos:</i> “boa-fé” (<i>caput</i> e inciso III), “usos, costumes e práticas do mercado” (inciso II), “comportamento das partes” (inciso I), “razoável negociação” e “racionalidade econômica das partes”. <i>Valor/princípio:</i> eticidade, confiança, boa-fé objetiva. <i>Observação:</i> a interpretação de acordo com a boa-fé privilegia a teoria da confiança em contraponto com as teorias da nulidade (vontade real) e da responsabilidade (vontade declarada). A interpretação a ser aplicada é aquela que privilegia a preservação das legítimas expectativas. <i>Consequência:</i> ao interpretar, que sentido será dado às cláusulas do negócio?

Fonte: Silvestre (2017, p. 140 e seguintes).

CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Tem-se considerado, aqui, como conceito jurídico indeterminado, aquela forma de legislar que: 1) estabelece regras comportamentais para garantir um determinado valor; 2) o valor apresenta vagueza e pode ter ampla aplicação; e 3) a consequência para a conduta contrária à *RP* está prevista em lei.

A pesquisa revela os seguintes conceitos indeterminados na Parte Geral do Código Civil. Ver Quadro 9.

Quadro 9: Conceitos jurídicos indeterminados da Parte Geral

FN	DESCRIÇÃO
Art. 20	<i>Termo vago:</i> “administração da justiça” e “manutenção da ordem pública”. <i>Valor/princípio:</i> intimidade (dignidade). <i>Observação:</i> o artigo proíbe o emprego da imagem respeitando a privacidade, intimidade, recato, da pessoa. <i>Consequência:</i> está proibido.
Art. 50	<i>Termo vago:</i> “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”. <i>Valor/princípio:</i> boa-fé objetiva. <i>Observação:</i> impede a utilização desvirtuada e abusiva da personalidade da pessoa jurídica para causar dano a outrem. Atenção: a desconsideração inversa é uma teoria. <i>Consequência:</i> a personalidade é desconsiderada e o patrimônio do sócio/administrador responde pelos danos causados.

FN	DESCRIÇÃO
Art. 52	<i>Termo vago:</i> “direitos da personalidade” e “no que couber”. <i>Valor/princípio:</i> dignidade da pessoa (dignidade não é só da pessoa humana, mas também da jurídica). <i>Observação:</i> reconhece que a personalidade é um valor supremo e, como tal, protege as duas categorias de pessoas, naturais e jurídicas. <i>Consequência:</i> estende a proteção do art. 12. Embora lá no art. 12 as consequências sejam vagas e até imprevisíveis, como o art. 52 remete àquele artigo, a sua consequência está pré-fixada.
Art. 128	<i>Termo vago:</i> “boa-fé”. <i>Valor/princípio:</i> segurança, confiança e legítima expectativa. <i>Observação:</i> refere-se aos efeitos produzidos pelo implemento de cláusula resolutiva. <i>Consequência:</i> já está prevista a eficácia <i>ex nunc</i> do implemento da condição resolutiva como regra, e excepcionalmente a possibilidade de eficácia <i>ex tunc</i>.
Art. 138	<i>Termo vago:</i> “diligência normal”. <i>Valor/princípio:</i> propriedade, confiança, <i>favor deboli, bonus pater familiae</i>. <i>Observação:</i> caracterização do vício do consentimento do erro. <i>Consequência:</i> anulabilidade.
Caput do art. 151	<i>Termo vago:</i> “fundado temor” <i>Valor/princípio:</i> propriedade, confiança, <i>favor deboli, bonus pater familiae</i>. <i>Observação:</i> caracterização do vício do consentimento da violência. <i>Consequência:</i> anulabilidade.
Caput do art. 156	<i>Termo vago:</i> “necessidade de salvar-se”; “grave dano”; e “excessivamente onerosa”. <i>Valor/princípio:</i> propriedade, confiança, <i>favor deboli</i>. <i>Observação:</i> caracterização do estado de perigo. Há, porém, um sintagma, pois diferentemente dos outros vícios, o artigo não declara expressamente a anulabilidade. Nesse caso é necessária uma remissão ao art. 171, II, para verificar a consequência. <i>Consequência:</i> anulabilidade (art. 171, II).
Caput do art. 157	<i>Termo vago:</i> “premente necessidade”; “inexperiência”; e “desproporcional”. <i>Valor/princípio:</i> propriedade, confiança, <i>favor deboli</i>. <i>Observação:</i> caracterização da lesão. Há, porém, um sintagma, pois diferentemente dos outros vícios, o artigo não declara expressamente a anulabilidade. Nesse caso é necessária uma remissão ao art. 171, II, para verificar a consequência. <i>Consequência:</i> anulabilidade (art. 171, II). Há na doutrina majoritária a defesa da aplicação do § 2º do art. 157 a esse vício. Nesse caso, a consequência será a revisão e manutenção das cláusulas negociais.

FN	DESCRIÇÃO
§ 2º do art. 157	<i>Termo vago:</i> “suplemento suficiente” e “redução do proveito”. <i>Valor/princípio:</i> propriedade, equilíbrio negocial e <i>favor negotii</i>. <i>Observação:</i> propõe a manutenção do negócio para fins de realização da sua função socioeconômica. <i>Consequência:</i> revisão e manutenção das cláusulas negociais.
Art. 187	<i>Termo vago:</i> “excede manifestamente”; fim econômico ou social”; “boa-fé”; e “bons costumes”. <i>Valor/princípio:</i> <i>neminem lædere</i> e responsabilidade. <i>Observação:</i> é o abuso de direito, considerado um ato ilícito (ver parênteses do <i>caput</i> do art. 927). É um sintagma, pois necessita de remissão ao <i>caput</i> do art. 927 para fixar o dever de indenizar. <i>Consequência:</i> responsabilidade civil (indenização).

Fonte: Silvestre (2017, p. 95-188).

Capítulo 6

Questões polêmicas na Parte Geral

TERMO A *QUO* DA PERSONALIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL

Muito se discute sobre o início da personalidade, ou seja, a partir de que momento o Direito atribui a personalidade civil ao ser humano (pessoa natural). Por via reflexa, essa discussão leva a responder se o nascituro tem ou não personalidade, isto é, pode ser considerado pessoa. A esse respeito, foram desenvolvidas três teorias (SILVESTRE, 2017, p. 9-58.):

- *Teoria natalista*: de origens romanas, para essa corrente a personalidade somente é atribuída aos nascidos vivos, isto é, somente com o nascimento com vida, de modo que o natimorto e o nascituro não são considerados pessoas;
- *Teoria condicionalista*: considera que a pessoa tem a personalidade desde sua concepção se nascer com vida, ou seja, *nascer vivo* é uma condição que produzirá efeitos retroativos

à concepção no que se refere à personalidade; em caso de natimorto não terá havido aquisição da personalidade e o nascituro nunca terá sido pessoa e;

- *Teoria concepcionista ou concepcionista*: entende que o início da personalidade se dá com a concepção, independentemente de o nascituro nascer vivo.

A redação do art. 2º permite variadas interpretações sobre, afinal, qual foi a teoria que o Código Civil teria adotado: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A primeira parte da formulação normativa (“A personalidade civil começa com o nascimento com vida...”) transmite a impressão de que o Código Civil teria adotado a teoria natalista; a segunda parte (“[...] mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”) sugere a adoção da teoria condicionalista.

Contudo, o erro está em interpretar isoladamente o artigo, à parte de uma compreensão sistemática do seu significado. Ora, se o próprio dispositivo fala em “direitos do nascituro”, e se somente pessoas têm direitos, então o nascituro não seria pessoa?

Outrossim, o Código Penal considera o *aborto* um crime contra a vida (arts. 124 a 128), localizando-o na parte em que tipifica os *crimes contra a pessoa* (Parte Especial, Título I, Capítulo I).

O art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990) garante às crianças a assistência necessária para nascimento sadio e harmonioso (ou seja, além de atribuir um direito ao nascituro, ainda o considera uma criança).

No próprio Código Civil tem-se situações em que o nascituro assume um papel típico das pessoas, quais sejam:

- Reconhecimento de filiação (parágrafo único do art. 1.609): “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é

irrevogável e será feito: [...]. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”;

- Donatário (art. 542): “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”;
- Legitimidade sucessória (art. 1.798): “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” e;
- Curatela do nascituro (art. 1.779): “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.

O Código de Processo Civil garante ao nascituro a participação na partilha: “Art. 650. Se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento”.

Então, uma interpretação do art. 2º consentânea com o ordenamento jurídico indica que a teoria adotada pelo CC é a concepcionista, até porque essa teoria é a mesma adequada aos referenciais axiológicos do personalismo ético tão caro ao Direito. Dessa maneira, a personalidade se consolida com o nascimento com vida (1ª parte do art. 2º), mas o nascituro é pessoa desde a sua concepção (2ª parte).

Francisco Amaral entende que a atribuição de personalidade ao nascituro é, na verdade, uma discussão de política legislativa, afinal há leis que reconhecem (Códigos Civis peruano, suíço e francês) e outras que não (Brasil?). Verifica, ainda, que a personalidade é um *valor* inerente à pessoa, que se inicia com sua vida (nascituro) e existirá para todo o sempre, já que o morto também a tem. E o que depende do nascer com vida é a *capacidade de direito*: é atribuída *condicionalmente*

ao feto, e se consolida com seu nascimento vivo. Então, pode-se dizer que o Direito: 1) adotou a teoria *concepcionista* quanto à personalidade civil; e 2) adotou a teoria *condicionalista* para a aquisição da capacidade de direito (AMARAL, 2003, p. 223-224).

Fato é que o ordenamento jurídico protege o nascituro: criminaliza o aborto; garante alimentos gravídicos; determina a gestação em ambiente sadio e harmonioso; garante o reconhecimento da filiação/paternidade. Há julgados que lhe reconhecem e asseguram a proteção à imagem, ao recato, à fama.³

Por outro lado, no que se refere a situações patrimoniais, o direito de propriedade é garantido ao nascituro, é verdade, mas deve-se perceber que se tal nascituro não vir a nascer com vida, a situação patrimonial se desfaz e não se consolida. Por exemplo, a cláusula testamentária em favor de nascituro ou concepturo: se não nascer viva a criança sua quota retorna à legítima.

Quer dizer: quanto à proteção das condições pessoais, o nascituro é protegido incondicionalmente, como forma de garantir sua dignidade humana (presente e futuro); já no que se refere aos direitos patrimoniais, eles são eventuais, dependendo da condição suspensiva do nascimento com vida. Tais conclusões decorrem de uma análise sistemática da ordem jurídica (princípios e regras).

A priori, então, que o Código teria adotado a seguinte posição:

- *Teoria concepcionista*: quanto aos direitos da personalidade do nascituro, isto é, situações existenciais; e

3 Exemplos: STJ, REsp. n. 931.556 — RS; STJ, AgRg no AREsp. n.150297 DF 2012/0041902-2; STJ AgRg no Ag 744181 RN 2006/0027391-2; TJ/SP, Apelação com Revisão CR n. 6521055800; TJRS, Apelação Cível AC n. 70054343793; TJRN, Apelação Cível AC n. 10047 RN 2009.010047-9; TRT-1, Recurso Ordinário RO n. 00005392520135010432; TRT-15, Recurso Ordinário RO n. 30052 SP 030052/2011; TJES, MS n. 0000665-37.2011.8.08.0000; TJES, HC n. 0000299-37.2007.8.08.0000 (100070002991), 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Adalto Dias Tristão, j. em 28/03/2007.

- *Teoria condicionalista*: quanto aos direitos patrimoniais do nascituro, isto é, situações pecuniárias.

Mas, se for preferida uma interpretação mais literal do art. 2.º do Código Civil, pode-se dizer que a posição adotada foi a *teoria natalista*. Então, o ser humano só se torna (juridicamente) uma pessoa, quando nascer com vida. Nesse caso, o que significaria, então, a segunda parte do artigo que declara estarem ressalvados os direitos do nascituro desde a concepção (SILVESTRE, 2017, p. 9-58)?

Se se entender que o *dies a quo* da personalidade é o nascimento com vida, então o art. 2.º vê o nascituro como um ente despersonalizado, e como uma exceção à regra do art. 1º, atribui a tal ente despersonalizado alguns direitos e a sua tutela.

A titularidade e a salvaguarda de situações jurídicas subjetivas por entes despersonalizados não é algo estranho no contexto do Direito brasileiro. O art. 75 do Código de Processo Civil atribui legitimidade ativa e passiva para a massa falida, a herança jacente, o condomínio, o espólio, as sociedades de fato.

Se prevalecer esse entendimento, como ficaria a proteção das situações pessoais do feto? O nascituro, em realidade, é um ente despersonalizado especial, que tem a possibilidade de tutelar todas as condições (patrimoniais e existenciais) que digam respeito ao seu futuro, quando terá adquirido a personalidade (SILVESTRE, 2017, p. 9-58).

EMANCIPAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Permite-se que aquele entre 16 e 18 anos se case, desde que com o consentimento dos pais (*caput* do art. 1.517). O menor que se casa adquire a capacidade pela emancipação (inciso II do parágrafo único do art. 5º) para praticar os atos de administração doméstico-familiar sem precisar da assistência dos pais. Importante observar que a emancipação, de acordo com a letra da lei, ocorre pelo casamento, e não pela gravidez ou pela união estável.

Há divergências quanto à emancipação pela união estável.⁴

Porém, a possibilidade não deve ser estendida aos conviventes menores de 18 anos porque: 1) o rol do parágrafo único do art. 5º é *numerus clausus*; e 2) considerando que o § 3º do art. 226 da Constituição da República manda facilitar a conversão da união estável em casamento, não faz sentido estender à união estável as vantagens de se casar, pois do contrário que incentivo haveria para a conversão?

TERMO AD QUEM DA PERSONALIDADE

Quando termina a personalidade? A resposta a essa pergunta implica em duas conclusões possíveis: 1) a personalidade civil é ou não extinta; e 2) há possibilidade de tutelar direitos da personalidade após a morte do titular?

Na Apelação Cível n. 0001647-67.2007.8.26.0072, a 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do voto do Relator, fixou existirem três correntes sobre os efeitos da morte em relação à personalidade e aos direitos da personalidade⁵:

Remanesce, porém, divergência doutrinária acerca da possibilidade de uma eficácia post mortem dos direitos da personalidade. Na doutrina, três correntes foram construídas acerca do tema, merecendo lembrança a didática síntese feita por Ney Rodrigo Lima Ribeiro, em seu artigo denominado Direito à proteção de pessoas falecidas. Enfoque luso-brasileiro, na obra Direitos da Personalidade, coordenada pelos Professores Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, (São Paulo: Atlas, 2012, p. 442): a) sustentam que a personalidade cessa com

4 TJRS, AC n. 70 042 308 163, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 29 de junho de 2011.

5 TJSP, Apelação n. 0001647-67.2007.8.26.0072, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gil Coelho, j. em 5 de março de 2015.

a morte (art. 6º do CC), ou seja, que é uma regra absoluta e, por conseguinte, a morte tudo resolve (*mors omnia solvit*), bem como não há extensão dos direitos de personalidade, os seguintes doutrinadores: Sílvio de Salvo Venosa; Cristiano Chaves; Pontes de Miranda e Sílvio Romero Beltrão; b) defendem que a personalidade cessa com a morte (art. 6º do CC), entretanto, é uma regra relativa e, por decorrência, o brocardo jurídico *mors omnia solvit* não é absoluto, há extensão dos direitos de personalidade após a morte e também é cabível a indenização diante de lesão à pessoa falecida, os seguintes autores: Álvaro Villaça, Silmara J. Chinellato; Ruibens Limongi França; Ingo Wolfgang Sarlet; Gustavo Tepedino; Maria Helena Diniz; Flávio Tartuce; Paulo Lôbo; Francisco Amaral e José Rogério Cruz e Tucci; c) a doutrina brasileira é quase uníssona em afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) é o sustáculo de proteção das pessoas falecidas.

Fala-se, nesse caso, em eficácia *post mortem* da personalidade. A morte extingue a pessoa, mas não sua personalidade enquanto valor. A personalidade civil tem, para o Direito, dois sentidos:

- *Aspecto formal*: é um atributo para titularizar relação jurídica. Nesse caso, o morto não poderá mais ser parte de relações jurídicas e exercer direitos e deveres e;
- *Aspecto material*: a personalidade é um valor jurídico que se refere à dignidade humana, e em razão do paradigma jurídico-personalista, é o valor supremo da lei. Este valor não é extinto pela morte. Isso significa que, mesmo a pessoa tendo morrido, sua personalidade continua protegida, especialmente quanto aos direitos da personalidade e o respeito à sua honra. Nesta hipótese, a personalidade do morto será tutelada por seus familiares.

Além disso, observe o art. 6º do Código Civil: “Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

A redação do art. 6º, *ab initio*, leva a concluir que, para o *Codex*, o que se extingue com a morte é a pessoa, e não a personalidade. Se o Código quisesse se referir à personalidade ele teria empregado esse termo, como o fez no art. 2º (ele não disse que a pessoa começa com o nascimento com vida, mas a personalidade). Como o texto emprega as duas palavras (“pessoa” e “personalidade”) de modo distintos, quando diz que a existência da *pessoa* natural termina com a morte ele não abrange a personalidade (SILVESTRE, 2017, p. 9-58).

Assim, mesmo após a morte do titular da personalidade, a eficácia desse valor continua ecoando e produzindo efeitos, sendo um deles o dever de incolumidade. Dessa maneira, os direitos da personalidade — como cláusula geral da dignidade — continuam existindo e podem ser tutelados, conforme, inclusive, deixa claro o parágrafo único do art. 12: “Art. 12. [...]. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Assim, existe a eficácia *post mortem* dos direitos da personalidade e sua tutela cabe aos seus familiares.

DANO REFLEXO

Ocorre quando o dano ao direito da personalidade de alguém causa prejuízo à pessoa com a qual a vítima mantém relação de intimidade e dependência. É o dano indireto ou em ricochete.

A problemática que resulta quanto a esse aspecto é saber quando há dano reflexo e quando há eficácia *post mortem* dos direitos da personalidade.

Considerando que se reconhece a repercussão da personalidade no pós-morte, observa-se que dano reflexo e eficácia *post mortem* dos direitos da personalidade são distintos, como mostra quadro a seguir:

Quadro 10: Diferença entre dano reflexo e eficácia *post mortem* dos direitos da personalidade

DANO REFLEXO	EFICÁCIA <i>POST MORTEM</i> DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
Quando alguém, ligado por laços de intimidade e afetividade a uma vítima, sofre prejuízos indiretamente por causa da lesão aos direitos da personalidade da vítima.	Trata-se de lesão à personalidade de alguém que já está morto. Como valor, a personalidade continua tutelável como forma de garantia da dignidade humana.

Trata-se de situações autônomas e diferentes, que ensejam tutelas e indenizações diferentes. No caso exemplificativo do acórdão acima citado, a filha não só teria direito a indenização por dano moral reflexo, como também poderia tutelar os direitos da personalidade da mãe falecida, cuja incolumidade foi lesada pelo serviço ineficiente prestado à segurada.

DANOS À PERSONALIDADE

A lesão aos direitos da personalidade sempre foi abordada como dano moral, de maneira que toda vez que um direito da personalidade de alguém fosse desrespeitado, causando uma lesão à incolumidade, haverá dano moral. Por consequência, dano moral é a lesão à dignidade humana.

Mas o *caput* do art. 12 deixa claro que uma lesão a um direito da personalidade também pode ocasionar um dano patrimonial (perdas e danos). Por isso, a melhor abordagem teórica para os danos à personalidade é feita por Noronha (NORONHA, 2007, p. 500) que prefere analisar a situação com base nos prejuízos sofridos pela pessoa. Assim, segundo o autor, *dano é a lesão a um bem jurídico, com redução do seu valor*. Pode-se, então, dividir essa definição em algumas partes:

1) *Lesão*: é o descumprimento de um dever de incolumidade, isto é, integridade protegida pela lei, do bem jurídico;

2) *Bem jurídico*: dois são os bens tutelados pelo Direito, quais sejam, as pessoas e as coisas. Dessa maneira, o dano é caracterizado como a infração a um dever de incolumidade ou integridade de uma pessoa ou coisa;

3) *Redução*: se refere ao prejuízo sofrido quando o bem é lesado. Tais prejuízos podem ser extrapatrimoniais (mais conhecidos como dano moral) e/ou patrimoniais (mais conhecidos como dano patrimonial, material ou perdas e danos) e;

4) *Valor*: nesse caso, Noronha segue os chamados valores do mundo social designados por Kant, que seriam o preço (coisas) e a dignidade (pessoas), ou seja, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade.

Dessa maneira, o que se tutela é o prejuízo. A definição de Noronha permite identificar a existência de lesões associadas a prejuízos: um dano à pessoa sempre acarreta um prejuízo extrapatrimonial, e pode também acarretar um prejuízo patrimonial; um dano à coisa sempre acarreta um prejuízo patrimonial, podendo também ocasionar um prejuízo extrapatrimonial. Tais consequências, que levam a um aumento da extensão do dano e da correspondente indenização (art. 944). Sistematizando no quadro:

Quadro 11: Prejuízos sofridos pelas pessoas em casos de dano

DANO / LESÃO	PREJUÍZO	FUNDAMENTO LEGAL
À pessoa	Extrapatrimonial	Código Civil: <i>caput</i> do art. 12 e art. 186.
À pessoa	Patrimonial	Código Civil: <i>caput</i> do art. 12; art. 186; art. 402; e art. 21.
À coisa	Patrimonial	Código Civil: art. 186 e art. 402.
À coisa	Extrapatrimonial	Código Civil: parágrafo único do art. 952.

Fonte: Silvestre (2017, p. 170 e seguintes).

A origem do prejuízo (patrimonial ou extrapatrimonial) é a lesão à pessoa ou coisa. Esta situação geral é que configura o dano. Duas situações podem bem exemplificar os prejuízos que decorrem de uma lesão à personalidade: 1) Imagine o caso em que uma modelo é atropelada na faixa de pedestre, fica internada, tem a perna amputada e se encontra impossibilitada de cumprir os contratos firmados e de exercer sua profissão. O dano foi à sua integridade física, ou seja, à pessoa. Logo, sua dignidade foi reduzida e, consequentemente, houve um prejuízo extrapatrimonial. Mas, também, há uma situação de prejuízo patrimonial também (perdas e danos): as despesas médico-hospitalares; o lucro cessante da impossibilidade de cumprir seus contratos; e a perda da capacidade laborativa; e 2) Outro exemplo é o do deficiente visual que depende de um cão-guia para se locomover. Evidentemente que nesse caso a relação entre o dono e a coisa é diferenciada, havendo entre eles também uma relação afetiva. Por isso, se alguém atropela e mata esse cão o prejuízo será superior às perdas e danos (preço do animal), mas também atingirá a personalidade do deficiente visual: tira-lhe a coisa que lhe permite exercer sua liberdade, apesar da limitação visual e priva-lhe de uma coisa com a qual tem uma íntima e diferenciada relação de afeto, configurando, assim, um prejuízo à sua dignidade (extrapatrimonial).

O dano moral, como prejuízo extrapatrimonial, pode ser caracterizado a partir de três momentos histórico-jurídico-doutrinários:

- *1º momento:* até a Constituição da República de 1988 não se admitia a indenização de dano moral, pois o Código Civil de 1916 regulava apenas a reparação do dano patrimonial. O fundamento era o de que não se pode expressar pecuniariamente a indenização de um valor não-econômico;

- *2º momento:* com a CRFB/88 (incisos V e X do *caput* do art. 5º) admitiu-se a compensação do dano moral. Apesar de ser irreparável e não ter correspondente valor econômico, admite-se que o prejuízo seja compensado pecuniariamente como um lenitivo pela

ofensa causada. Nesse momento o dano moral é associado à honra subjetiva (noção de si mesmo) e ao sofrimento da vítima, ou seja, esse prejuízo extrapatrimonial deveria ser causa de dor à vítima, e justamente por isso fala-se em dano moral como preço da dor (*pretium doloris*). O problema é a comprovação desse sofrimento, configurando verdadeira prova diabólica (*probatio diabolica* ou *devil's proof*); e

- 3º momento: coincide com o Código Civil de 2002 e independe de sofrimento à vítima e lesão à sua honra subjetiva. O dano moral decorre de lesão objetiva ao direito da personalidade, isto é, da infração de um dever de incolumidade, independentemente de sofrimento e dos sentimentos da vítima. Assim, o dano fica associado à honra objetiva da vítima (noção que as pessoas) e fala-se em dano *in re ipsa*, ou seja, de pleno direito (*ipso jure*).

Contudo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado entendimento quase unânime em seus acórdãos da necessidade de comprovação do sofrimento para a caracterização do dano moral. Ou seja, o STJ retornou à ideia de dano moral do 2º momento? Para o tribunal, o dano moral deve ser o *pretium doloris* (SILVESTRE, 2020, p. 221-237)?

TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Existem duas maneiras de proteger os direitos da personalidade (SILVESTRE, 2020, p. 153-155):

- 1) *Autotutela*: quando o próprio titular do direito poderá tomar medidas para impedir que o dano ocorra ou continue ocorrendo, na iminência da ação do agente ou durante essa ação danosa. Ex.: legítima defesa (art. 188); e

- 2) *Heterotutela*: Se referem aos casos em que o dano já ocorreu ou há a possibilidade de vir a ocorrer, além, evidentemente, quando

a vítima não tem condições de praticar a autotutela. Para tanto, o indivíduo se socorrerá no Estado, por isso ela também é chamada de tutela estatal, que poderá ser exercida de dois modos:

- 2.1) Pela via administrativa: quando o indivíduo recorre à autoridade policial e;
- 2.2) Pela via judicial: quando o indivíduo recorre ao Judiciário por meio de ação indenizatória ou ação de obrigação de fazer ou não fazer.

Três podem ser as tutelas promovidas pelo Judiciário (SILVESTRE, 2020, p. 153-155), conforme destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, 2008, p. 300 e seguintes) e Francisco Amaral (AMARAL, 2003, p. 301):

- *Tutela indenizatória ou reparatória ou compensatória*: refere-se à indenização, reparação ou compensação dos prejuízos extrapatrimoniais (“dano moral”) e/ou patrimoniais (“dano material” ou perdas e danos). Secundariamente, a consequência dessa tutela é a repressão ou a sanção civil (responsabilidade civil) pelos danos ocorridos;

- *Tutela inibitória ou cessatória ou preventiva*: trata de medidas que visem a impedir que um dano ocorra, quando há ameaça ou risco de lesão à personalidade, ou que continue ocorrendo, neste caso quando se repete com frequência. Como forma de inibir a ocorrência do dano ou sua continuidade, o juiz fixa obrigação de fazer e/ou de não fazer, atribuindo multa (*astreintes*) para o caso de descumprimento da ordem judicial e;

- *Tutela reintegratória ou restauratória*: compreende medidas que o agente danoso deverá praticar como forma de reverter o dano causado, ou, nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, 2008, p.300 e seguintes), objetiva reconstruir a situação anterior do ofendido. É o que acontece com a retratação pública e o direito de resposta.

Essas três tutelas poderão ser cumuladas. Sistematizando as tutelas, tem-se:

Quadro 12: Tutelas dos direitos da personalidade

TUTELA	OBJETIVO
Indenizatória	Indenizar os danos morais e patrimoniais decorrentes da ofensa cometida contra o titular do direito da personalidade.
Inibitória	Fixação de medidas para impedir que a ofensa aconteça ou continue a ocorrer, de modo a coibir a ocorrência do dano à personalidade.
Reintegratória	Reconstituir o ofendido à situação anterior

Fonte: Silvestre (2017, p. 170 e seguintes).

AUTONOMIA DO PACIENTE

O art. 15 se refere à relação médico-paciente, que deve se fundamentar na informação pelo médico dos males sofridos pelo paciente, suas sequelas, os tratamentos disponíveis e os riscos e benefícios envolvidos. Nesse sentido, fala-se em consentimento informado do paciente: este deve ser informado da doença e do tratamento e deverá dar seu consentimento para se submeter ao procedimento terapêutico.

Após serem prestadas as informações, o paciente tem a autonomia para escolher se submeter ao tratamento ou não. O paciente jamais poderá ser obrigado (constrangido) a se submeter a um tratamento ou cirurgia se houver risco de vida; ele tem, portanto, autonomia. Dessa maneira, cabe ao paciente consentir com o tratamento a partir de todos os esclarecimentos que o médico deve prestar-lhe: trata-se do consentimento livre e esclarecido do paciente, e este tem tal poder em decorrência de um princípio moral reconhecido juridicamente, qual seja a autonomia da vontade do paciente.

A família não pode suprir a vontade do paciente capaz que se recusa a se submeter a um tratamento livre e conscientemente. Porém, em caso de emergências, nos quais o familiar em risco se encontra inconsciente, a autorização depende da família.

RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE DE PESSOAS PÚBLICAS

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 10 de julho de 2015, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4815, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) e que sustentava que os arts. 20 e 21 do Código Civil conteriam regras incompatíveis com a liberdade de expressão e de informação.

Na decisão, o STF declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Seguindo o voto da relatora, a decisão dá interpretação aos arts. 20 e 21 do Código Civil em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas.

Antes da decisão, porém, a questão causou controvérsia. As pessoas que desempenham atividades destinadas ao público (celebridades e políticos) têm seu direito à imagem relativizado (art. 20). Evidentemente que sua imagem não poderá ser utilizada para fins comerciais sem sua autorização. Mas, em caso de informação, a imagem pode ser divulgada independentemente de consentimento, uma vez que, em razão da sua atividade, é de interesse das pessoas conhecer os ambientes frequentados, os relacionamentos, os comportamentos e atitudes.

No caso de divulgação de imagens da pessoa pública no âmbito da sua vida privada, corriqueiramente feita pela ação dos chamados *paparazzi*, muito se discute a extensão dessa relativização.

As atividades particulares da pessoa, exercidas no seu âmbito doméstico e familiar, bem como suas relações individuais, constituem a chamada *vida privada da pessoa*. Na vida privada o indivíduo exerce sua intimidade, sua privacidade e suas ações de interesse

estritamente pessoal. Já a *vida pública*, que não se confunde com personalidade pública, se refere às relações sociais da pessoa ou às atividades que ela desenvolve destinadas aos outros. Não se fala em intimidade nesse caso porque se trata justamente das ações que o indivíduo praticamente publicamente, como, por exemplo, sua profissão (SILVESTRE, 2020, p. 129-130).

A vida pública não é inviolável, pois justamente se refere à convivência com os outros, isto é, todas as ações destinadas ao público e conhecidas por todos. Já a vida privada é inviolável de acordo com o art. 21, ou seja, a intimidade e privacidade da pessoa não pode ser objeto de divulgação ao público. Assim, as relações individuais, particulares, familiares, as ações que o indivíduo pratica em seu ambiente doméstico, seus relacionamentos, não podem ser objeto da curiosidade e de divulgação, exceto em caso de investigação criminal, hipótese que relativa tal inviolabilidade. A norma, então, protege a intimidade, a privacidade, o sossego, a liberdade, a individualidade, a segurança da pessoa (que em conjunto constituem sua vida privada) (SILVESTRE, 2020, p. 129-130).

Muito se discute sobre a possibilidade de divulgação de atos privados das pessoas públicas (políticos e celebridades). As justificativas daqueles que são a favor se fundamentam na liberdade de informação e de imprensa e no interesse público sobre a vida dessas pessoas, que atrairiam a curiosidade dos outros e até podem servir de referência e exemplo.

Já aqueles que defendem o contrário justificam que a vida íntima de qualquer pessoa não pode ser objeto de curiosidade e não há qualquer interesse público relevante e justo nestes casos. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se decidiu que a liberdade de informação é limitada pela honra objetiva da pessoa pública, conforme se verifica no seguinte julgado.⁶

6 STF, Ação Originária AO n. 1390/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 12 de maio de 2011.

Por outro lado, há julgados que entendem que a pessoa pública, em razão da sua posição, deve suportar críticas e insinuações.⁷

As biografias não autorizadas de pessoas públicas que revelam dados de sua intimidade, têm sido objeto de reflexão e ponderação desses valores no âmbito da vida privada.

Já se decidiu que a diferença entre autobiografia e biografia é que a primeira tem compromisso de veracidade do autor para com o leitor, enquanto a segunda é obra de ficção sem compromisso com a verdade.⁸

Antes mesmo da ADI n. 4518, a tendência dos tribunais era reconhecer que as biografias de pessoas públicas podem ser publicadas sem a necessidade de prévia autorização do biografado. Posteriormente, poderá ser feito controle judicial do conteúdo do material, caso tenham sido divulgadas informações ou situações que lesem a honra e fama e da pessoa pública.

Para tanto, no controle do conteúdo, o juiz poderá verificar a ilicitude na obra a partir do ânimo do biógrafo, que pode ser dividido nas seguintes categorias, conforme Quadro 13:

Quadro 13: Ânimo do biógrafo

ANIMUS NARRANDI OU DEFENDENDI	ANIMUS DIFAMANDI, INJURIANDI OU CALUNIANDI
Quando o biógrafo utiliza algum estilo literário meramente para narrar episódios da vida do biografado (<i>animus narrandi</i>). Ou, então, para apresentar elementos que excluam a responsabilidade do biografado sobre fato condenado jurídica ou politicamente (<i>animus defendendi</i>).	Quando o biógrafo faz insinuações, apresenta ou divulga fatos inverídicos, se utiliza de conotações ou denotações maliciosas. Neste caso, deve-se verificar a intenção do biógrafo e o resultado negativo provocado para sua fama, imagem e honra.

Fonte: SILVESTRE (2020, p. 170 e seguintes).

7 TJMG, Apelação Cível n. 10701100155350001, Câmaras Cíveis / 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 10 de outubro de 2013.

8 TJSP, Apelação Cível n. 03487406720108260000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. em 26 de agosto de 2014.

DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Sendo a pessoa jurídica um ente ao qual se atribuiu personalidade, sendo esta um valor, e sendo, ainda, os direitos da personalidade um conjunto de poderes para a proteção e preservação da personalidade, considera-se que as pessoas jurídicas possuem direitos da personalidade.

Evidentemente que tais direitos se aplicam às pessoas jurídicas *no que couber* (art. 52). Isso significa que, por exemplo, não haverá proteção da “integridade física” e da “vida” da pessoa jurídica, uma vez que ela não tem corpo. Contudo, é possível falar em aspecto moral e intelectual, na proteção, portanto, da fama, da honra, do nome, da imagem, do segredo dos meios de produção, da liberdade de expressão, das patentes que desenvolve, da propriedade industrial e da marca. Às vezes não se pode falar em privacidade, uma vez que muitos atos são publicizados, como ocorre, por exemplo, na exibição de livros contábeis e na publicação de atas de assembleia de sócios na imprensa local.

À pessoa jurídica se aplicam as tutelas dos direitos da personalidade do *caput* do art. 12 do Código Civil. O Código Civil, então, tem como valor a *dignidade da pessoa*, e não a dignidade da pessoa humana, como decorrência do personalismo valorativo.

PERTENÇAS COMO BENS ACESSÓRIOS

A pertença (art. 94) deve ser vista como o bem acessório que não segue o principal. Eduardo Cesar Silveira Marchi (MARCHI, 2012, p. 45-59), fazendo um apanhado histórico das pertenças desde suas origens no Direito Romano, demonstra que as pertenças são: 1) bens acessórios; e 2) exceções à acessoriedade, pelo qual *accessorium sequitur principale*.

O art. 94 do Código Civil confirma essa situação excepcional, quando estabelece que no silêncio do negócio ou da lei as pertenças não acompanharão a coisa principal. Por exemplo: no contrato de compra e

venda de uma propriedade rural é necessário que conste que os animais também integram o negócio, pois do contrário o comprador receberá a fazenda sem essas coisas (SILVESTRE, 2020, p. 125-126).

A exceção é salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso, podendo-se citar, neste sentido os seguintes exemplos: 1) Pertencas que acompanham o bem principal por força de lei: no caso do usufruto legal dos arts. 1.689 a 1.693, no qual os pais têm a administração e usufruto dos bens dos filhos menores; 2) Pertencas que acompanham o bem principal em decorrência da manifestação de vontade: quando ambas as partes do negócio convencionam expressamente que as pertencas acompanharão a coisa principal, como na venda de fazenda com porteiras fechadas ou de uma casa mobiliada; e 3) Pertencas que acompanham o bem principal em razão das circunstâncias do caso: quando a lei e o contrato nada mencionam sobre o destino das pertencas, mas que sua manutenção junto ao bem principal é inerente ao negócio praticado, como ocorre com a piscina na venda de uma casa, das máquinas na incorporação de uma fábrica a outra.

FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

O art. 113 utiliza o princípio da boa-fé objetiva como referencial axiológico para a compreensão das cláusulas e condições do negócio jurídico. A boa-fé é um corolário da eticidade, princípio geral do Código Civil que traz como critério para as relações jurídicas a solidariedade entre as partes. Essa solidariedade consiste em um dever geral de cooperação, para que os negociantes vinculados entre si sejam parceiros para alcançar suas finalidades pessoais e econômicas. Fala-se, então, da obrigação como processo, um conjunto de atos orientados pela boa-fé e pela função social para que se alcance a finalidade sócio, econômica e pessoal das partes além, também da sociedade (COUTO E SILVA, 2007).

Pela boa-fé, em resumo, o negócio jurídico deve ser bom para ambas as partes. Para que tal propósito se alcance, necessário se faz atender e cumprir a uma série de deveres especiais de conduta, como a honestidade, informação, coerência *etc.*

A boa-fé se apresenta como o fator que impulsiona e orienta o desenvolvimento do processo negocial. Sendo assim, as cláusulas e condições negociais e a divergência entre a vontade real e a vontade declarada devem ser interpretadas de acordo com o padrão de conduta cooperativa imposto pelo princípio, de modo a atender às finalidades das pessoas envolvidas.

Interpretar é dar significado às cláusulas negociais, e tal significado sempre deverá ser no sentido do melhor e fiel cumprimento das condições do negócio.

Além disso, a função interpretativa da boa-fé resolve um problema de antinomia, que é aparente, que parece existir entre os arts. 110 e 112: o primeiro segue as diretrizes do princípio da vontade declarada (teoria objetiva); e o segundo se aproxima da teoria da vontade real (teoria subjetiva).

O art. 110 adota a *teoria objetiva da vontade*. Mais que resolver um problema de ‘engodo’, o art. 110 é a porta de entrada no sistema jurídico da chamada teoria objetiva ou teoria da declaração ou, ainda, teoria da vontade declarada, pela qual, quando houver divergência entre o que foi declarado e o que foi pretendido pelo emissor da manifestação de vontade, deve prevalecer a vontade declarada. Dessa teoria, segundo Amaral (AMARAL, 2003, p. 381 e seguintes), decorre outra, que é a teoria da confiança. Por esta ideia, se houver a referida divergência entre as vontades, ocorrerá o seguinte: 1) Prevalece a vontade declarada: como for de garantir e preservar a segurança das relações econômicas; 2) Vínculo negocial não será desfeito: o negócio, então, permanece válido e poderá produzir efeitos jurídicos; e 3) O emissor responde por perdas e danos: caso a divergência cause prejuízos ao destinatário da manifestação de vontade, este terá o direito à reparação do dano, se estiver de boa-fé, ou seja, não conhecia a divergência. Tem-se como

referência, então, o destinatário da vontade, que deve estar de boa-fé para que o negócio persista e produza seus efeitos.

Em aparente oposição à teoria objetiva, o art. 112 adota a *teoria subjetiva* ou teoria da vontade. Por ela, se houver divergência entre vontade real e declarada deverá prevalecer a primeira, afinal, é pressuposto do negócio a autonomia privada, isto é, sua vontade. Dessa teoria decorre, segundo Francisco Amaral (AMARAL, 2003, p. 381 e seguintes), a teoria da responsabilidade, pela qual, em caso de divergência entre as vontades, deverá o negócio ser declarado nulo, e, caso o emissor da vontade tenha dado causa à divergência, responderá por perdas e danos. É o que ocorrerá no caso dos defeitos ou vícios do negócio jurídico (art. 138 a 167), nos quais haverá a referida divergência e o resultado é a nulidade e a anulabilidade do negócio (arts. 167 e 171, II). O art. 112 adotou a teoria subjetiva da vontade.

No artigo dá-se mais importância ao que as partes pretendem que àquilo que ficou escrito ou falado. Quando a interpretação deve se restringir ao significado literal das cláusulas, tem-se a sobreposição do princípio da literalidade da interpretação sobre a vontade real (intenção). Não é o caso deste dispositivo. Contudo, a literalidade é a regra na hipótese do art. 114. Então, como decorrência da regra estabelecida no art. 112, deve o intérprete questionar, antes de tudo, o que as partes pretendiam e pretendem com o negócio, e o que queriam realmente dizer quando convencionaram determinada cláusula.

Afinal, qual a teoria adotada no Direito brasileiro? A resposta, interpretando sistematicamente os arts. 110, 112 e 113 só pode ser uma: aquela que melhor atender à boa-fé objetiva, ou seja, aquela que garantir o fiel cumprimento solidário do negócio jurídico.

ERRO RECONHECÍVEL

Segundo Humberto Theodoro Junior (THEODORO JR, 2003), o negociante que agiu com erro (art. 138) ao celebrar um negócio

somente obterá êxito na anulação do ato se demonstrar que a outra parte (que, no caso, se beneficiou do erro), sabia do erro ou poderia descobri-lo se fosse diligente. Se o co-negociante conhecia o erro e concluiu o negócio será caso de dolo (arts. 145 a 150). Para fins de configuração da ignorância é necessário averiguar a possibilidade de esse co-negociante conhecer o erro.

De acordo com Humberto Theodoro Jr., é da conduta de quem contrata com o declarante em erro que se conclui pela anulabilidade ou não do negócio jurídico: o destinatário da declaração, tendo condições de perceber o erro do declarante, não o fez e, assim, se torna responsável pela conclusão do ato equivocado e que prejudica o outro negociante. Mas, observe, não se trata de o destinatário induzir ao erro ou se omitir diante desse; é quando o destinatário poderia evitar o erro do outro se fosse mais diligente, porém não o fez.

Um exemplo: trata-se do caso de alguém que deseja comprar uma égua reprodutora. Se esse alguém comprar, sem saber, um animal estéril de uma pessoa que não é um criador profissional de cavalos, não é uma atividade sua rotineira, não ficará configurado o erro; se, porém, o animal estéril foi adquirido de um criador de cavalos, ainda que neste nem supunha a infertilidade, pois não a conhecia, ficará configurado o erro porque o dono da égua tinha condições de saber de tal esterilidade, já que lida habitualmente com essa atividade. (Obs.: se o criador de cavalos sabia da esterilidade haverá dolo; aqui ele não sabia, mas poderia saber).

MITIGAÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES

O Código Civil apresenta alguns esforços com o objetivo de mitigar o rigor da teoria das nulidades. Alguns desses esforços se tornaram medidas legislativas, como é o caso das *sanatórias de invalidez* (arts. 170, 172 e 184) (SILVESTRE, 2020, p. 131-141).

A *conversão do negócio jurídico* é a alteração de qualificação jurídica de um negócio nulo em outro, para que se produza alguns

dos efeitos pretendidos pelas partes e não se desfaça o negócio complemente. A re-valoração do ato jurídico leva a uma nova situação no âmbito da relação jurídica, pois o que era inválido torna-se válido.

A conversão se relaciona com o fenômeno da qualificação jurídica, pois a conversibilidade depende de um processo de qualificação para encontrar operabilidade. A qualificação é aquela atividade que insere (tipifica) o ato realizado entre as partes em alguma das figuras jurídicas admitidas em Direito.

A conversão do negócio jurídico é uma situação de opção de uma dentre tantas qualificações jurídicas possíveis para aquele ato celebrado entre as partes. Verificando que a tipificação em uma determinada figura jurídica leva à invalidade, podem os agentes de qualificação (partes e juiz) optar por outra qualificação, esta sim, capaz de possibilitar à manifestação de vontade produzir os efeitos econômicos almejados, porque válida nesta outra figura negocial. A conversão não é uma transformação, mas sim uma escolha de uma qualificação jurídica capaz de permitir que o ato seja eficaz (SILVESTRE, 2020, p. 131-141).

A conversão possui os seguintes pressupostos genéricos:

- que o negócio jurídico possa ser utilizado, tal como objetivamente é, para se encontrarem os elementos essenciais do outro negócio;
- que o outro negócio, mesmo não sendo o desejado pelas partes, esteja compreendido na órbita do interesse prático que elas visam a satisfazer, ou seja, o outro negócio deve atender aos fins práticos perseguidos pelas partes;
- necessidade de correspondência aos critérios de boa fé e às exigências de justiça.

Quanto aos pressupostos específicos para a conversibilidade, de ordem objetiva e subjetiva, tem-se os seguintes:

1) *Requisitos objetivos:*

- possibilidade de dupla qualificação para o ato (na primeira qualificação, nulo; na segunda qualificação, válido);
- existência de um negócio nulo (que é, na realidade, a causa eficiente da conversão);
- concorrência dos requisitos substanciais e formais do novo negócio naquele avaliado como inválido, ou seja, suficiência do suporte fático-negocial; inexistência de prescrição e;
- identidade de objeto entre os dois negócios, ou seja, que ambos tenham a mesma prestação.

2) *Requisitos subjetivos:*

- que não haja manifestação de vontade das partes contrária à conversão; e
- que as partes não tenham conhecimento da nulidade (“ignorância da invalidade”).

A conversão, ainda que com requerimento cominado na ação de nulidade, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, ou seja, só se aplica o art. 170 se existir tal pedido expresso. A decretação de conversão produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage, para considerar como de qualificação diversa, desde a celebração pelas partes, aquele negócio que foi valorado, *a priori*, negativamente.

A outra medida é a *confirmação* ou *ratificação do negócio jurídico anulável* (art. 172). Os termos “ratificação” e “confirmação”, na teoria da ineficácia *lato sensu* dos atos jurídicos, são sinônimos. Seu objetivo é dar validade a um negócio anulável a partir do saneamento do vício. As partes aceitam a anulabilidade e assumem o negócio e seus efeitos. É um novo ato, que ratifica aquilo que é nulo.

A confirmação pode ser dada pela própria parte, quando capaz, ou por seu assistente (somente o assistente, pois a confirmação se aplica apenas a negócios anuláveis). Inclusive, a autorização posterior do assistente pode ser tida por confirmação (art. 176).

O ato confirmatório pode ser expresso ou tácito. Neste caso se verifica pela prática silenciosa de atos pela parte como se tivesse feito a confirmação;

A *redução do negócio jurídico ou nulidade parcial* se dá quando há um negócio jurídico complexo — que é aquele em que há a possibilidade de separação desse negócio em partes, parcelas — e uma das partes do negócio é viciada, ou seja, nula. Constatada essa nulidade parcelar, a dúvida que surge é se todo o negócio se contamina ou se é possível o afastamento da parte nula para que o negócio persista e produza efeitos legítimos. Por determinação legal (art. 184), se o negócio for divisível, a nulidade de determinada estipulação não implicará na nulidade de todo o ato (SILVESTRE, 2020, 131-141).

O aproveitamento da parte válida do negócio é decorrência da aplicação da regra *utile per inutile non vitiatur*, pela qual a parte ou cláusula nula não vicia todo o negócio se este não depender daquela, ou seja, se a cláusula nula não é da essência do ato. A nulidade parcial é caracterizada pela não-contagiação ou incomunicabilidade da nulidade frente às demais parcelas do negócio. Se a parte nula contagia todo o negócio — porque uma *conditio sine quibus non* de todo o ato — isso acarreta a nulidade de todo o negócio, quando, então será possível a conversão (e somente nessa hipótese).

Tais medidas sanatórias decorrem do *favor negotii* ou conservação dos atos jurídicos, que determina que se deve preservar, dentro das possibilidades, em caso de invalidade, a manifestação de vontade das partes para o alcance dos fins práticos pretendidos. Importa a finalidade prática, e não o meio jurídico para tal. Esse princípio implica na derrogação da antiga máxima *quod nullum est, nullum producit effectum*.

A segunda mitigação sofrida pelas invalidades é quanto à impossibilidade de convalescência da nulidade. Nos termos do art. 169 o negócio nulo o será para sempre. Não convallesce, isto é, não se torna válido pela vontade das partes ou pela passagem do tempo. Por isso, pensa-se que a ação de nulidade pode ser proposta a qualquer momento.

Contudo, pense num negócio nulo que tenha sido executado, que, mesmo inválido, produziu efeitos e já se passaram alguns anos. E o pior: tenha havido, talvez, alienações consecutivas.

Como forma de garantir a estabilidade e a segurança jurídica, segundo Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JR., 2003.), embora não haja convalescência e decadência da ação, as pretensões resultantes do desfazimento do negócio prescrevem após seus prazos especiais previstos no art. 206 ou art. 205. Ele não verifica o interesse em decretar a nulidade de um negócio executado após o transcurso do prazo prescricional das pretensões que resultariam dessa nulidade. O mesmo não se aplica aos negócios nulos ainda não executados.

Realmente, que interesse haveria em invalidar um negócio, passados anos de sua conclusão e execução? O Código de Processo Civil confirma o interesse como requisito essencial para se postular um direito em juízo: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

NEXO DE CAUSALIDADE

Refere-se aos pressupostos do ato ilícito (arts. 186 e 187). O nexo causal é a relação entre a conduta de um agente e o dano causado. O elemento causal permite conhecer quem provocou o dano e, conseqüentemente, quem terá o dever de indenizar.

As dificuldades em torno do nexo de causalidade giram em torno de descobrir qual é a causa efetiva do dano quando várias circunstâncias foram determinantes para a ocorrência do resultado, isto é, quando várias foram as causas do dano. Nesses casos, fala-se em concausas sucessivas (uma levou à outra) e concausas concomitantes (vários motivos ao mesmo tempo).

Para encontrar a causa eficiente efetiva do dano e determinar quem tem o dever de indenizar, três teorias sobre o nexo de causalidade foram desenvolvidas com tal intuito (SILVESTRE, 2020, p. 424-440):

- *Teoria da equivalência de condições* ou “*conditio sine quæ non*”: qualquer das circunstâncias que contribuíram para a ocorrência do dano é considerada sua causa, e o titular da conduta que o caracteriza é responsável pelo resultado. Haverá um processo de digressão mental para verificar todas as condições sem as quais o ato não teria ocorrido, as *conditiones sine quibus non*, e então qualquer delas será causa do resultado;
- *Teoria da causalidade adequada*: considera causa as circunstâncias ordinárias que provocam o resultado. Será causa aquela que razoavelmente foi a principal para a conclusão do evento danoso. Segundo Fernando Noronha, para verificar a adequação da conduta deve-se proceder a uma prognose retrospectiva, pela qual é adequada a causa em que seria possível prever a possibilidade de dano. Por exemplo: da fuga de um presidiário é previsível que danos aconteçam, de modo que a negligência do presídio é causa adequada do dano e;
- *Teoria da causalidade imediata*: leva em consideração a circunstância mais próxima do resultado. Assim, a causa eficiente é aquela que *imediatamente* (sem intervalo) e *diretamente* (sem intermediário) provocou o dano. É feito um histórico das circunstâncias que promoveram o resultado e aquela que for imediatamente anterior ao fato danoso é sua causa. Por exemplo: o presidiário foge, rouba um carro e atropela um pedestre. A causa eficiente do dano ao pedestre foi a conduta do preso fugitivo, não sendo causa a negligência do presídio. Para as concausas, fala-se em *causalidade necessária*: a causa eficiente será aquela que por si só pode causar um dano.

A literatura jurídica e a jurisprudência divergem quanto à teoria adotada pelo Direito Civil brasileiro. Há um motivo para tal

divergência: uma tendência à flexibilização na apuração do nexa causal no intento de garantir que a vítima seja sempre indenizada pelo dano suportado. Assim, ao mesmo tempo em que houve uma diminuição do rigor dispensado ao tratamento do nexa causal, cuja prova muitas vezes é relativizada no caso concreto, houve um aumento da preocupação com o ressarcimento do dano, tendo este quadro se tornado, portanto, o novo paradigma da responsabilidade civil, segundo o qual à vítima deve sempre ser assegurado o devido ressarcimento (SILVESTRE, 2020, p. 424-440).

NATUREZA JURÍDICA DO ILÍCITO EMULATIVO

Como destaca Francisco Amaral, existem duas posições doutrinárias opostas sobre o abuso de direito, conforme mostra quadro a seguir:

Quadro 14: Posições doutrinárias sobre o abuso de direito

TEORIA SUBJETIVA	TEORIA OBJETIVA
O titular exerce seu direito sem necessidade e com a intenção de prejudicar. Nesse caso, o abuso de direito teria três pressupostos: 1. <i>Exercício do direito;</i> 2. <i>Inexistência de interesse econômico;</i> 3. <i>Intenção de causar dano.</i> Nesse caso, a emulação é o ânimo de prejudicar (<i>ato culposo</i>). Trata-se de um ilícito fundamentado na culpa do qual resultaria uma responsabilidade aquiliana.	O abuso de direito independe da intenção do titular do direito: é a simples consequência do exercício anormal do direito subjetivo ou do direito potestativo, havendo dois critérios: 1. <i>Econômico:</i> o exercício do direito não satisfaz interesses legítimos, mas ilegítimos, quer dizer, não faz com que o autor aufera benefícios econômicos; 2. <i>Funcional:</i> o direito não é exercido de acordo com sua função social, isto é, pode-se dizer que não é exercido de acordo com os padrões ético-cooperativos. Nesse sentido, fala-se em um ilícito objetivo (independente de culpa) que enseja uma responsabilidade objetiva.

Fonte: AMARAL (2003, p. 210-211).

A divergência não é apenas na literatura jurídica, mas também em sede judicial.⁹

Parece, porém, que deve prosperar a tese subjetiva, pois esta terá sido a vontade do Código. No *caput* do art. 927 tem-se a regra geral da responsabilidade civil aquiliana, enquanto a previsão da responsabilidade civil objetiva ocorre no parágrafo único.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por que o legislador colocaria o art. 187 ao lado do ilícito subjetivo no enunciado da regra geral da responsabilidade aquiliana?

DUTY MITIGATE THE LOSS E PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Admite-se como repercussão da boa-fé objetiva o dever do credor de mitigar suas perdas em caso de inadimplemento ou ato ilícito (*duty mitigate the loss*). Tendo em vista que nas relações jurídicas civis (até mesmo as originadas de ato ilícito) há o dever de cooperação imposto pela eticidade, deve o credor evitar ao máximo o aumento ou incremento da extensão do dano por ele sentido.

Nesse sentido, há defensores da mitigação dos prazos prescricionais dos arts. 205 e 206, de modo que a pretensão deve ser exercida

9 Exemplos: TJRS, Apelação Cível n. 70051625234, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. em 27 de fevereiro de 2013; TJRJ, APELAÇÃO APL 01606428520138190001; TJRS, AC 70053523130; STJ, REsp. n. 1329556-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 25 de novembro de 2014.

na primeira oportunidade após o ato ilícito ou inadimplemento. Não poderia o credor exercer sua pretensão dentro do prazo legal se o pode fazer antes. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive já decidiu nesse sentido:¹⁰

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização

10 STJ, REsp. n. 758.518-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), j. em 17 de junho de 2010.

mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.

Contudo, essa tese não deve prosperar. Primeiro porque o prazo é uma garantia legal que gera no credor uma legítima expectativa. Segundo porque a diligência se exige do devedor, que tem opções no ordenamento jurídico para evitar a extensão do dano (consignação em pagamento, por exemplo).

PRESUNÇÃO DOS ARTS. 231 E 232

O art. 232 autoriza presumir a ocorrência do fato que a perícia visava comprovar em caso de recusa da parte em se submeter ao exame médico, e o art. 231 fixa uma regra geral, ao estabelecer que a recusa ao exame não pode proporcionar conclusões em favor da parte que se recusa a um exame daquela ordem:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Parece, pois, que esse comportamento dá origem a uma regra de experiência comum: a parte que se recusa ao exame pericial praticou o ato que se deseja provar. Nesse sentido, alguns criticam o dispositivo por *obrigar* a parte a produzir prova contra si mesmo, ou *nemo tenetur se detegere*, que a doutrina entende ser um princípio.

Esses artigos têm hoje importância renovada no que se refere à constatação de alcoolemia nas *blitzen* da chamada Lei Seca (Lei n.

12.760/2012) c/c a Resolução n. 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).¹¹

11 Conferir: STJ, REsp. n. 1.111.566-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em 9 de novembro de 2010.

Conclusão

Certamente a leitura das opiniões aqui esboçadas devem ter causado a sensação de que se “rema contra a maré”, ou então que se defende uma visão “conservadora” e “ultrapassada”. E por que se diz isso? Pelo fato de ter sido dado um papel protagonista às regras e um papel coadjuvante aos princípios. Uma conclusão melancólica no contexto da ciência jurídica atual de repetir mantras principiológicos e partir de pressupostos infundados de que o direito posto é insuficiente para cuidar das demandas sociais.

A função dos princípios é informar os processos legislativo, hermenêutico, argumentativo e decisório. São um parâmetro de avaliação das regras postas e um indicativo do Direito que temos e do Direito que queremos. Não se pode — e nem se deve — reduzir sua importância *extraordinária*. E o problema está justamente nisso: o uso dos princípios se tornou *ordinário* no âmbito da ciência do Direito e do processo judicial. Usa-se o princípio para tudo, inclusive para criar regras “implícitas” muitas vezes opostas às normas legisladas. E aí o princípio vale tudo e serve para tudo... Aí reside a chamada “teoria da *katchanga*”, pela qual basta invocar qualquer princípio no meio de um discurso jurídico para fundamentar uma posição que — de repente — se torna vinculante e passa a reger a conduta das pessoas. Uma “*katchangada*” que cria

regras à revelia e à mercê das já existentes e que resultaram de um processo democrático.

Quando aqui se prioriza as regras, o objetivo é, na verdade, preservar o princípio, para que ele não se torne tudo e, por isso, nada ao mesmo tempo. Justamente por isso foi possível identificar que muitas regras contêm valores implícitos (*PR*) e outras tornam valores eficazes por meio de condutas (*RP*).

E nesse sentido a Parte Geral encontra um papel renovado: não apenas apresenta regras que regulamentam os elementos gerais das relações jurídicas civis, mas se torna um ordenamento que explicita princípios fundamentais para as relações existenciais e patrimoniais. A Parte Geral indica valores gerais que informam e orientam a aplicação de regras e valores da Parte Especial.

Ao analisar os valores da Parte Geral do Código Civil — ou da Teoria Geral do Direito Civil — percebe-se que não são tão novos, a não ser pela releitura. São os mesmos princípios antigos da tradição romana. Assim, o que parece “conservador” pode ser, na verdade, uma consciência da realidade, afinal, como disse o filósofo francês Ernest Renan (1823-1892), “os verdadeiros progressistas são os que partem de um profundo respeito ao passado”.

Referências

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. *In*: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; e UUSITALO, Jyrki. **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-19.

AGUILÓ REGLA, Josep. Tres preguntas sobre principios y directrices. *In*: DOXA — **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 28. Madrid: Instituto Cervantes, 2005, p. 329-340.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210-211.

CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría y dogmática jurídica, *In*: **Revista de Derecho Privado**, n. 21, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, jul./dec. 2011, p. 89-106.

COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho, *In*: DOXA — **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. v. 21-II, Madrid: Instituto Cervantes, 1998, p. 89-104.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (Orgs.). **Introdução ao Direito Civil**: Volume 1 – personalidade civil e sua tutela. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020.

LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (orgs.). **Introdução ao Direito Civil**: Volume 2 – bens. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020.

LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (Orgs.). **Introdução ao Direito Civil**: Volume 3 – fato jurídico. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira. Das pertenças no âmbito do regime dos bens principais e acessórios no CC/2002. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 52. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2012, p. 45-59.

MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. 2. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 198.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Carlos Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MORESO, José Juan. **La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução a pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 500 e seguintes.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 18-19.

REGLA, Josep Aguiló. Tres preguntas sobre principios y directrices. *In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 28. Madrid: Instituto Cervantes, 2005, p. 329-340.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Conversão do negócio jurídico nulo: aspectos materiais e processuais**. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Início e fim da personalidade civil da pessoa natural. *In: Instituto dos Advogados de São Paulo; Diogo Leonardo Machado de Melo. (org.). PRODIREITO: Direito Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2*. Porto Alegre: Art-med Panamericana, 2017, v. 1, p. 09-58.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. O acessório que não segue o principal. *In*: LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (orgs.). **Introdução ao Direito Civil: Volume 2 – bens**. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020, p. 125-126.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas. *In*: Alexandre Jamal Batista. (org.). **Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado – homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali**. São Paulo: IASP, 2017, v. 1, p. 95-188.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Proteção da palavra, da intimidade e da imagem. *In*: LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (orgs.). **Introdução ao Direito Civil: Volume 1 – personalidade civil e sua tutela**. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020, p. 129-130.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; CALIL, Igor Gava Mareto. LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (orgs.). **Introdução ao Direito Civil: Volume 3 – fato jurídico**. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020, p. 131-141.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GARCIA, Gabriel Pereira. As tutelas dos direitos da personalidade: o que é a tutela jurisdicional da personalidade? LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto (orgs.). **Introdução ao Direito Civil: Volume 1 – personalidade civil e sua tutela**. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020, p. 153-155.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MARCHIORI, Bruna Figueira. As recentes caracterizações do dano moral no Superior Tribunal de Justiça. *In: Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, p. 221-237, 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MILL, Lorenzo Caser. The causal link in integral Brazilian's risk theory: removal, flexibility or re-reading? *In: Revista de Direito Brasileira*, v. 26, p. 424-440, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Comentários ao novo Código Civil*. v. III, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Índice

A

Abuso de direito, 17, 30, 39, 56,
63, 91, 104

Aplicação do Direito, 16, 105

Atividade interpretativa, 26

Audiatur altera pars, 14

Autonomia do paciente, 17, 43

Autonomia privada, 18, 43, 47,
52, 84

B

Boa-fé objetiva, 8, 32, 56, 61, 82,
84, 92, 93, 94

C

Cláusula geral, 18, 26, 27, 28, 32,
41, 59, 71

Código de Processo Civil, 14, 54,
55, 66, 68, 89, 103

Consequência normativa, 27

Conversão do negócio jurídico
nulo, 100, 103

Conceito jurídico indeterminado,
41, 61

D

Dano em ricochete. (Ver dano
reflexo), 103

Dano indireto, 71

Dano in re ipsa, 75

Dano moral, 60, 72, 73, 74, 75,
76, 102

Dano reflexo, 71, 72, 103

Decadência, 8, 57, 89, 92

Decisão judicial, 104

Definições ou enunciados
conceituais, 41

Desconsideração inversa, 61

Devil's proof, 75, 106

Direito à imagem, 7, 78

- Direitos da personalidade, 7, 17, 39, 42, 56, 57, 60, 62, 67, 69, 70, 71, 72, 75, 77, 81, 101
- Discrecionariedade do juiz, 14
- Duty mitigate the loss*, 92
- E**
- Emancipação, 68, 69
- Emulação, 91
- Enunciado aberto, 41, 42
- Enunciado completo, 41
- Enunciado normativo, 15, 23, 28
- Enunciados abertos, 24, 25, 46
- Enunciados jurídico-conceituais, 23
- Enunciados jurídico-deônticos, 23
- Erro, 8, 22, 50, 62, 65, 84, 85, 104
- Eticidade, 18, 38, 56, 61, 82, 92
- F**
- favor debitoris*, 17, 57
- Favor deboli*, 57, 104
- favor deboli*, 14, 17, 18, 39, 49, 62, 104
- Favor negotti*, 57, 104
- favor negotti*, 14, 17, 18, 39, 51, 52, 63, 88
- Formulação normativa, 12, 13, 18, 23, 31, 32, 65
- Função social, 14, 29, 37, 52, 56, 82, 91
- Fundamentos da decisão judicial, 104
- I**
- Intangibilidade da família, 9, 14
- Interpretação, 12, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 25, 27, 29, 32, 39, 40, 48, 59, 61, 66, 68, 78, 84
- Inviolabilidade da vida privada, 17
- J**
- Juiz, 14, 27, 30, 31, 32, 43, 50, 51, 56, 59, 76, 80, 86, 87, 94, 104, 105
- L**
- Legalidade, 14
- Liberdade probatória, 57, 105
- Livre convencimento motivado do juiz, 14
- Livre iniciativa, 18
- N**
- Nascituro, 64, 65, 66, 67, 68
- Neminem lædere*, 13, 22, 39, 56, 63
- Nemo tenetur se detegere*, 94
- Nexo de causalidade, 8, 89
- Norma vaga, 30, 31
- Nulidades, 8, 57, 85

O

Open texture, 24, 25, 33

P

Pacta servare, 13, 56

Pacta sunt servanda, 14, 18

Papel do juiz 31

Parte Especial, 35, 36, 37, 38, 39,
40, 65, 97, 105

Parte Geral, 1, 4, 5, 7, 10, 17, 18, 34,
35, 36, 37, 38, 39, 40, 55, 57,
59, 60, 61, 64, 97, 101

Perdas e danos, 50, 60, 72, 73, 74,
76, 83, 84

Personalidade civil, 7, 17, 64, 65,
67, 69, 70, 99, 100, 101

Pertenças, 81, 82, 99

Pessoas públicas, 7, 78, 79, 80

Plano de Gaius, 35

Plano de Savigny, 35

Prescrição, 8, 57, 87, 92

Presunção, 8, 94

Pretium doloris, 75

Princípio, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16,
17, 18, 19, 20, 21, 22, 23,
27, 28, 32, 33, 34, 35, 36,
37, 39, 40, 41, 42, 43, 48,
49, 50, 53, 55, 57, 59, 60,
61, 62, 63, 67, 70, 77, 82,
83, 84, 88, 94, 96, 97, 101

Princípios gerais do direito, 20,
27

Princípios que são como regras.
19, 20, 23, 33, 41, 55

Princípios que são como Regras,
15

Probatio diabolica, 75, 106

Processo de aplicação do direito,
16

Proibição de analogia, 14

Proibição de prova ilícita, 57

Proposição normativa, 12

Prova diabólica, 75

R

Recursos judiciais, 25

Regra, 42, 43, 44, 45, 53, 54

regra, 13, 15, 18, 19, 22, 23, 33,
41, 42, 43, 44, 48, 49, 50,
51, 52, 62, 68, 70, 84, 88,
92, 94

Regras que são como Princípios,
15, 19, 20, 23, 28, 33, 41,
55

Res inter alios acta, 14

Robert Alexy 11, 18

Ronald Dworkin, 12, 13, 18

S

Solidariedade, 13, 18, 38, 82

Solus consensu obligat, 14

Substantial performance, 17

Subsunção, 16

Suum cuique tribuere, 13, 56

T

Teoria da *katchanga*, 96

Textura aberta, 24

Turpitudinem suans allegans non

datur audiatur, 18, 50, 51,

56

Tutela cessatória, 76

Tutela Indenizatória, 77

Tutela indenizatória, 60, 76

Tutela Inibitória, 77

Tutela inibitória, 60, 76

Tutela jurisdicional, 25, 101

Tutela reintegratória, 60

Tutela restauratória, 76

U

união estável, 7, 68, 69

utile per inutile non vitiatur, 18, 88

uti lingua nuncupassit ita jus esto,

18

Uti lingua nuncupassit ita jus esto,

56

Sobre o autor

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE é professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); Pós-Doutor em Educação (Currículo Jurídico) pelo Programa de Pós-Graduação de Mestrado Profissional em Educação do Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); Coordenador dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva” e também advogado.

E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br

Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>

