

A FUNÇÃO DA CLÁUSULA DE BONS COSTUMES NO DIREITO CIVIL E A TEORIA TRÍPLICE DA AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro

Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora de Direito Civil do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Resumo: O artigo analisa as funções da cláusula geral de bons costumes do Código Civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e sua aplicação como instrumento de restrição da autonomia existencial.

Palavras-chave: Autonomia existencial. Personalidade. Bons costumes. Cláusula geral.

Sumário: **1** Introdução – **2** Teoria tríplice da autonomia existencial ou extrapatrimonial – **3** A cláusula geral de bons costumes como instrumento para limitação e garantia da autonomia privada existencial – **4** As funções da cláusula geral de bons costumes: função geradora de deveres, função limitadora de direitos, função de cânone interpretativo – **5** Conclusão

1 Introdução

Somos livres para escolher os rumos das nossas vidas? Há limites para a liberdade de existir? Pode o Estado determinar os caminhos para o projeto de livre desenvolvimento pessoal? Esses questionamentos, de vocação claramente filosófica, ganharam espaço na teoria civilista contemporânea e ocupam atualmente o centro de um intenso debate sobre quais são os limites que podem ser legitimamente impostos à liberdade extrapatrimonial em um ambiente de legalidade democrática.

No contexto jurídico brasileiro, a promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova agenda crítica para o civilista contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao regime das liberdades. Enquanto a autonomia privada patrimonial passou a ser compreendida e limitada pelas lentes de uma

ordem pluralista que fixou a solidariedade social e democrática¹ como um dos objetivos da República, os contornos da autonomia privada existencial passaram a ser definidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assentado como um dos fundamentos da República, com viés francamente coexistencial, voltado para a proteção da pessoa no seu ambiente social, nas constantes experiências intersubjetivas e nos processos de construção de identidades pessoais e grupais.

Tendo isso em vista, as tutelas oferecidas pelo ordenamento jurídico deverão ser qualitativamente diferentes, a se tratar de liberdade que incide sobre o patrimônio ou de liberdade sobre atos de natureza existencial. Se a autonomia patrimonial encontra limites internos impostos pela função social e pela boa-fé, a autonomia existencial não suporta limitações dessa ordem, não estando protegida em razão de sua aptidão para a realização de interesses alheios ao seu titular.

Esse raciocínio não deve induzir o intérprete à equivocada conclusão de que a autonomia existencial estaria imune à incidência de limites, já que na legalidade constitucional não há espaço para direitos absolutos na ordem privada. Mas de muito pouco adianta esse argumento, se não houver um esforço hermenêutico para indicar em quais hipóteses a autonomia existencial poderá receber os limites excepcionais que o ordenamento jurídico tem a oferecer e quais são os institutos jurídicos podem realizar essa tarefa constritora. Nesse sentido, ainda que o grande problema que envolve o tema se apresente diante de comandos legais ou decisões judiciais que visam à proteção da pessoa contra ela mesma, há também um importante campo de conflitos quando a autonomia existencial coloca em risco o exercício da liberdade de outra pessoa. Por isso, o presente artigo tem como objetivos investigar o alcance da autonomia existencial no contexto de pluralismo democrático, ou seja, da multiplicidade de concepções sobre a vida digna e compreender os fundamentos legítimos para restrição da autonomia privada nas relações existenciais. Feito isso, será possível analisar a partir dessas premissas como a cláusula geral de bons costumes pode desempenhar nas situações jurídicas existenciais papel democrático semelhante ao desempenhado pela função social e pela boa-fé nas situações jurídicas patrimoniais.

¹ A denominação solidariedade democrática é utilizada por Stefano Rodotà para descrever a ampliação da noção de solidariedade social. RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 4-21.

2 Teoria tríplice da autonomia existencial ou extrapatrimonial

Em breves linhas, é possível afirmar que a autonomia existencial é espécie do gênero autonomia privada e se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial, cujo referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade.

Não há linhas que inscrevam definitivamente, *a priori*, situações jurídicas subjetivas somente no campo existencial ou no campo patrimonial,² já que há situações que envolvem a realização de interesses tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais.^{3 4} Mas é preciso ressaltar que, enquanto as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas à realização de interesses extrapatrimoniais e sociais, as situações existenciais têm como função *direta* a realização de interesses pessoais do seu titular. Decorre daí a diferença qualitativa da tutela da autonomia privada em ambos os casos: enquanto a autonomia nas situações patrimoniais é protegida se realizar interesses socialmente relevantes nem sempre coincidentes com os do titular, a autonomia nas situações existenciais, ou nas mistas com função predominantemente existencial, deve ser protegida como instrumento de concretização da função pessoal e dos valores da dignidade humana.

Ainda que a função da situação existencial seja pessoal, atrelada à realização de interesses do próprio titular, é possível verificar que os efeitos decorrentes do ato de autonomia poderão gerar consequências em esferas jurídicas distintas, cujas repercussões vão além da pessoa, causando implicações diretas na vida de terceiros – que podem ser concretamente considerados ou não. Por tal motivo, para alcançar a maximização da tutela da pessoa humana é preciso ir além da investigação sobre a função das situações existenciais, sendo necessário avançar e analisar também os efeitos gerados pelo ato de autonomia existencial e as esferas jurídicas por eles alcançadas.

Essas questões se colocam diante do fato de que a legitimidade das intervenções jurídicas sobre a autonomia privada existencial deve estar ligada ao

² Sobre o tema, v. KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. v. III, p. 8.

³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 669.

equilíbrio entre os interesses tutelados e as esferas jurídicas afetadas por eles. De fato, situações cujos efeitos ultrapassam a esfera do titular exigem maior cuidado em relação à ponderação dos interesses em jogo em caso de conflito, de modo que a autonomia privada de uns não se torne a limitação ou mesmo a negação de interesses existenciais de outros. Por outro lado, situações cujos efeitos não alcançam a esfera jurídica alheia demandam cautela, vez que nesses casos eventuais restrições à autonomia podem caracterizar intervenções paternalistas não voltadas para a garantia de emancipação pessoal.

Na legalidade constitucional, o ponto de partida, a premissa inafastável para qualquer investigação sobre a realização dos interesses existenciais deve ser a liberdade para escolher os rumos da própria vida. Todavia, como qualquer outro ato de liberdade, a autonomia existencial pode sofrer limitações,⁵ no entanto elas só devem incidir excepcionalmente e apenas quando presentes requisitos que comprovem concretamente a necessidade de tal restrição. Por tal razão, a autonomia existencial só admite limites externos e não se volta à realização de interesses alheios aos do seu titular.

Trata-se, portanto, de consideração diversa daquela que deve orientar a imposição de limites à liberdade patrimonial. Na seara da patrimonialidade, a própria proteção da autonomia está condicionada à sua função promocional, que se traduz na realização de interesses socialmente relevantes e dos valores que fundamentam a ordem democrática, como é o caso da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social,⁶ e esse condicionamento indica que, na autonomia privada patrimonial, os limites não são apenas externos, mas, ao contrário, integram a sua própria função,⁷ a exemplo do que ocorre através da incidência das cláusulas gerais da boa-fé e da função social nas relações contratuais e na propriedade.

Tendo em vista essa concepção que toma a autonomia existencial como instrumento de emancipação pessoal, não se pode olvidar que a construção da identidade e do projeto de livre desenvolvimento da personalidade demandam espaços democráticos para a realização de experiências intersubjetivas. Daí a necessidade de se estabelecer, sob o prisma das esferas jurídicas que sofrem a incidência de efeitos decorrentes da realização de interesses existenciais,

⁵ Como esclarece Stefano Rodotà, “A livre construção da personalidade é fórmula que não implica a definição de uma área reservada às escolhas individuais privada de qualquer relação com a regra jurídica. Implica na verdade um instrumento que torna possível a busca autônoma por uma política de identidade pessoal.” RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, p. 22.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 1, jul./set. 2014, p. 11.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 280.

uma nova tipologia das situações jurídicas subjetivas existenciais, com base na eficácia, ou seja, uma categorização que tem como norte o alcance dos efeitos gerados pelo ato de autonomia.

Trata-se, com efeito, de formulação denominada *teoria tríplice da autonomia privada existencial*,⁸ que, através de uma classificação que divide os atos de autonomia em três categorias distintas a depender dos efeitos produzidos e das esferas jurídicas por eles afetadas, permite ao intérprete do direito verificar a necessidade e a legitimidade de intervenções restritivas feitas pela lei ou aplicadas pelo julgador sobre o exercício da autonomia no caso concreto.

Em decorrência da aplicação dessa teoria, os atos de autonomia serão classificados em: (I) atos de eficácia pessoal; (II) atos de eficácia interpessoal; e (III) atos de eficácia social.

Os *atos de autonomia de eficácia pessoal* são aqueles decorrentes do exercício de situação subjetiva cuja realização de interesses existenciais implica consequências relevantes unicamente para a esfera jurídica do seu titular. Trata-se de situação que não produz efeitos jurídicos diretos e imediatos que acarretam lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros, não admitindo a incidência de elementos limitadores da autonomia. Tomem-se como exemplo desse tipo de situação os atos de modificação corporal como a tatuagem, cuja repercussão jurídica se encerra na esfera do titular, ainda que tal ato possa gerar reflexos e impactos culturais para a coletividade.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é preciso sublinhar, entretanto, que os atos de autonomia de eficácia pessoal poderão ser excepcionalmente limitados quando se tratar de pessoa com deficiência que apresente grau acentuado de vulnerabilidade, desde que as restrições estejam comprovadamente voltadas para o fortalecimento da emancipação pessoal dos sujeitos tutelados pelo EPD, tendo em vista que o regime das incapacidades foi profundamente alterado pela Lei nº 13.146/2015.

Os *atos de autonomia de eficácia interpessoal* são consequência do exercício de situação subjetiva que gera repercussão em esferas jurídicas distintas do titular da situação, alcançando pessoas que não praticaram o ato de autonomia. Essas pessoas precisam ser individualmente identificadas e devem comprovar a situação de serem afetadas pelos efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia que causaram lesão ou que apresentam risco real de lesão a seus direitos. Trata-se, portanto, de situação que gera concreto conflito entre a realização de interesses existenciais em esferas jurídicas distintas. Nessas situações,

⁸ Teoria formulada em VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

torna-se possível aplicar restrições concretas aos atos de autonomia existencial, especialmente por meio da cláusula geral de bons costumes, como se verá adiante. O abuso do poder familiar, pelo qual um dos pais pratica alienação parental, é um exemplo típico de eficácia interpessoal, na qual o exercício da autonomia familiar acarreta repercussões para a esfera jurídica alheia, aqui especificamente a do outro genitor e a da criança envolvida.

Nos *atos de autonomia de eficácia social* a realização de interesses existenciais decorre do exercício de situação subjetiva que apresenta efeitos jurídicos diretos e imediatos que geram ou podem gerar lesão a direitos de um número indeterminado de pessoas. Trata-se de consequências que oferecem risco real de ofensa a direitos de pessoas não necessariamente identificadas ou que causam efetivamente dano a essas pessoas. Nesses casos, diante das repercussões jurídicas negativas para a coletividade, é preciso considerar a necessidade de limitar, também em abstrato, a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais que podem ser lesionados pelo exercício de um interesse individual, o que pode ser feito através da incidência da cláusula geral de bons costumes ou por meio de lei específica que proíba condutas que possam ser classificadas como de eficácia social. Exemplo desse raciocínio é a vedação que o ordenamento brasileiro apresenta à comercialização de partes do corpo, cujo resultado, se fosse lícito, poderia gerar consequências negativas para os sujeitos em situação de miserabilidade que comercializassem seus órgãos, além de acarretar lesão à coletividade, já que a criação de um mercado dessa natureza acabaria com o sistema fraterno de doação de órgãos, que é atualmente pautado pelo princípio da solidariedade social. Também se inclui nessa categoria a impossibilidade de fumar em lugares fechados, tendo em vista as consequências do uso do tabaco para as pessoas, em número impossível de determinar, que terão contato passivo com as substâncias nocivas derivadas do cigarro.

Essa classificação é feita considerando apenas os efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia, ou seja, toma por base as consequências que tiveram como causa geradora direta e imediata o exercício da autonomia extrapatrimonial. Ficam afastados os reflexos indiretos ou mediatos que todo ato de autonomia pode produzir, mas que não possuem o condão de influir na esfera jurídica alheia, pelo que não modificam, extinguem ou constituem o campo de titularidade de outros sujeitos. Qualquer ato jurídico praticado por uma ou por diversas pessoas produzirá repercussões – efeitos – na sociedade, mas nem por isso deve-se considerar que tais reflexos produzidos suscitem a tutela proibitiva do ordenamento jurídico.

Pode-se falar em tais efeitos como ofensa a padrões sociais, hábitos e costumes tradicionalmente observados em determinadas sociedades, o que não é, por si só, problemático do ponto de vista jurídico, de modo que determinada

conduta que cause ofensa a certos padrões sociais não acarreta, necessariamente, consequências jurídicas limitadoras da autonomia existencial. Em outros termos, a ofensa a padrões morais não é por si, portanto, razão que atraia a providência jurídica de intervenção limitadora da autonomia privada, eis que não há, em tais casos, ofensa a direitos alheios aos do titular da situação jurídica subjetiva. Em breve síntese, qualquer repercussão reflexa deve ser tolerada por quem as sente, já que não configuram lesão ou ameaça concreta de lesão a direito alheio.

Mas qual será o fundamento para sustentar que as ofensas a padrões morais devem ser toleradas? Sob qual argumento se justifica que tais reflexos indiretos gerados pelos atos de autonomia não estão cobertos pela tutela jurídica do ordenamento brasileiro? Essas ofensas devem ser suportadas por quem as sofre, porque as múltiplas visões de mundo são juridicamente protegidas ou, ao contrário, são suportadas porque determinadas visões de mundo não merecem proteção do direito? Não faltam situações concretas para ilustrar como os valores morais podem se contrapor numa mesma sociedade e suscitar importantes debates acalorados de ordem moral. Alguns exemplos relatados a seguir podem ajudar a compreender esses questionamentos, além de demonstrar de forma mais prática como a teoria sobre os efeitos do ato de autonomia pode ser aplicada concretamente.

Em 2017, duas exposições artísticas protagonizaram polêmicas envolvendo ofensa a padrões sociais. A primeira delas se deu no Museu de Arte Moderna (MAM) de São Paulo, por ocasião da performance realizada na abertura do 35º Panorama de Arte Brasileira. A performance “La Bête”, realizada pelo coreógrafo carioca Wagner Schwartz, é uma leitura interpretativa da obra *Bicho*, de Lygia Clark, artista que se consagrou pela criatividade de suas proposições interativas. O MAM foi alvo de acusações de incitação à pedofilia, sustentada por movimentos conservadores após o compartilhamento de fotos e vídeos nos quais uma criança, acompanhada de sua mãe, pode ser vista tocando os pés e a canela do coreógrafo.⁹ Após a repercussão negativa dos fatos, o que gerou uma intensa onda de ataques à liberdade de expressão e à autonomia das famílias que levavam seus filhos para a performance interativa, o debate sobre o tema ganhou espaço nas redes sociais, onde se proliferaram discursos contra e a favor da exposição, com argumentos que poderiam ser resumidos no combate defesa da moral *versus* defesa da liberdade.

⁹ Dados disponíveis em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/09/29/a-questao-da-nudez-na-arte-e-universal-diz-curador-do-mam-sobre-polemica_a_23227725/>. Acesso em: 30 out. 2017

Pouco antes do evento no MAM, a exposição *QueerMuseu* teve o fechamento antecipado em Porto Alegre após protestos contra o Santander Cultural, que recebeu a mostra, com a justificativa de que os trabalhos expostos promoviam a pedofilia e a zoofilia. Ambas as acusações não produziram eco no Ministério Público, e o promotor de Justiça da Infância e da Juventude de Porto Alegre, Júlio Almeida, recomendou a reabertura imediata da exposição. Diante dos rumores que indicavam a chegada da exposição à cidade do Rio de Janeiro, o então prefeito, Marcelo Crivella, se manifestou contra a vinda da mostra, e foi acompanhado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a Alerj, onde quarenta deputados assinaram “nota de repúdio e indignação” à possibilidade de ter a *QueerMuseu* no MAR, Museu de Arte do Rio. Diante da polêmica e das colocações da prefeitura, o Conselho que administra o espaço do museu cancelou as negociações para receber a exposição.¹⁰

Em 2013, o conflito entre valores aqueceu o debate sobre a limitação da liberdade de expressão por violação aos bons costumes, e recebeu atenção dos principais meios de comunicação.¹¹ Um vídeo intitulado *Rola* foi apresentado no mês de janeiro de 2013 pelo mais popular canal de humor do YouTube, na Internet, o *Porta dos Fundos*. O vídeo se desenrola a partir da seguinte situação: uma jovem se dirige a uma loja de sucos e pede um sanduíche. O atendente informa que só há “rola” e daí em diante os diálogos fazem clara alusão ao órgão sexual masculino. Após a publicação do vídeo na Internet, um dos usuários do canal recorreu ao Ministério Público sob a alegação de que se sentiu lesado pelo conteúdo do vídeo, que teria, segundo ele, violado os bons costumes.

Em todas as situações narradas, o recurso aos bons costumes foi utilizado por discursos conservadores para embasar a necessidade de limitar a autonomia existencial de cunho artístico sem que houvesse, de fato, uma justificativa jurídica para tais restrições. Nos casos apresentados, o exercício da autonomia artística não gerou lesão ou ameaça de lesão a terceiros concretamente identificados ou a um número indeterminado de pessoas. Até mesmo a presença de uma criança na exposição não é fato que atraia necessariamente uma limitação à liberdade, vez que deveres básicos de cuidado e informação indicativa por parte dos Museus e o respeito ao exercício da autoridade parental são suficientes para afastar o risco de lesão e tornar desnecessária e arbitrária qualquer medida restritiva contra as expressões artísticas.

¹⁰ Informações disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/10/1924045-museu-de-arte-do-rio-nao-vai-receber-queermuseu-por-pedido-do-prefeito.shtml>>. Acesso em 30 out. 2017

¹¹ A notícia pode ser encontrada em diversos sites da internet, dentre os quais o do jornal Folha de S. Paulo. <<http://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2013/05/1279759-ser-polemico-nao-e-ser-bom-humorista-diz-fabio-porchat-criador-do-porta-dos-fundos.shtml>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Voltando ao exemplo do vídeo que foi divulgado na Internet, o fato de uma criança ter acesso ao material pode ser um receio aparentemente cabível quando se pensa no conteúdo sexual exibido, e talvez até pudesse configurar um risco potencial de dano – conceito que será detalhado posteriormente – se não existissem mecanismos para assegurar o controle de conteúdo inadequado para crianças e adolescentes na rede. Por meio de senhas e bloqueios de sites de conteúdo adulto, os pais tentam atuar na proteção da criança diante de conteúdos impróprios que ficam disponíveis no ambiente virtual. Não há, portanto, fundamento para que esse *mero receio de lesão* – irrelevante, porque absolutamente evitável com a adoção de simples medidas de precaução – sirva de instrumento para limitação da liberdade de expressão.

Totalmente diferente é o caso de *risco real ou potencial de lesão*, fundado em circunstâncias não afastáveis a partir de deveres básicos de cautela, e que por isso demandam providências efetivas por parte do ordenamento jurídico. Exemplo desse raciocínio é o caso do casal de duas mulheres americanas surdas desde o nascimento, Sandra Duchesneau e Candy McCullough. Com intuito de gerar um bebê que também sofresse de surdez, o casal decidiu buscar nos bancos de sêmen material genético de homem que também fosse surdo, a fim de aumentar as probabilidades de um filho com os mesmos problemas auditivos que elas tinham. A busca terminou sem sucesso, e elas tiveram que recorrer a um amigo cuja surdez estava presente em muitos de seus familiares. Esse mesmo amigo já havia doado sêmen antes, para fertilização anterior da qual nasceu a primeira filha do casal, Jennifer, que, com cinco anos, só se comunica por meio de sinais. Da segunda fertilização nasceu o bebê, Gauvin McCullough, que também apresentou deficiência auditiva, conseguindo escutar muito pouco apenas por um ouvido. Questionadas sobre a polêmica decisão, o casal afirmou que o filho poderá escolher se quer ou não melhorar mecanicamente a audição por meio de aparelhos.¹²

O casal faz parte de um movimento que se opõe à ideia de surdez como deficiência. De acordo com essa perspectiva, a surdez seria uma identidade cultural.¹³ No entanto, a escolha por bebês surdos suscita mais do que um juízo sobre a conduta ser ética ou não, ou sobre ofensa a padrões morais e culturais. Certamente, a comunidade que reivindica o reconhecimento da cultura dos

¹² O caso, noticiado pelo site da BBC, no dia 8 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020408_surdaro.shtml>. Acesso em: 08 jun. 2017. O relato também pode ser encontrado em BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do Direito Civil-Constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

¹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do Direito Civil-Constitucional*, cit., p. 47.

surdos não vê a questão da eticidade da mesma maneira, o que indica um claro conflito entre diferentes visões de mundo. Mas os efeitos imediatos dos atos de autonomia dos pais geram consequências jurídicas danosas para os bebês, o que significa que não se trata apenas de ofensa a determinados padrões morais. Tem-se a configuração também de um valor jurídico, o abuso, uma vez que os atos de autonomia dos pais não podem restringir a autonomia existencial dos filhos, em prejuízo destes.

Ao contrário do *mero receio de lesão* que restou configurado no exemplo do vídeo de humor do canal Porta dos Fundos, o caso da surdez voluntária de bebês demonstra com clareza a ideia de efeitos imediatos geradores de risco real ou potencial de lesão a direitos de terceiro. Trata-se de risco que pode ser, inclusive, verificado em abstrato, dada a alta probabilidade de surdez diante da escolha de material genético. Tem-se aqui, com efeito, situação de eficácia social, pelo que seria cabível restringir a autonomia familiar e impedir a realização da fertilização em tais condições. A medida mais eficaz em tais casos é a intervenção legislativa. Todavia, na ausência de lei, devem ser aplicadas restrições por meio da intervenção do magistrado no caso concreto.

Mas qual seria a diferença entre a surdez de bebês por força da escolha do material genético nos casos de fertilização e a surdez de bebês que nasceram de pais surdos, sem qualquer intervenção de técnicas de reprodução assistida? A surdez dos bebês é consequência que ganha relevância jurídica quando é efeito direto e imediato da livre escolha dos pais sobre o material genético, ou seja, a surdez programada é uma alteração na esfera jurídica de terceiros que possibilita a limitação da autonomia diante dos interesses tutelados – não há direito dos pais que possa se opor legitimamente à diminuição permanente da integridade dos filhos. O mesmo não se pode afirmar sobre os bebês naturalmente surdos, tendo em vista que o risco de filhos de surdos nascerem surdos não se sobrepõe à autonomia dos pais sobre o projeto familiar, tampouco se liga a essa autonomia como consequências diretas e imediatas.

No entanto, a contraposição de valores – de um lado o direito à autonomia das pessoas surdas e de outro a resistência dos que acreditam que a vida digna depende da audição plena – deve ser vista sob outro prisma quando não há interesses de menores envolvidos. Isso porque os argumentos contrários ao desejo dos surdos de não usarem o implante coclear não têm densidade jurídica para limitar a autonomia existencial de sujeitos capazes de discernir. Chega-se à conclusão de que os valores conflitantes não podem limitar a autonomia a partir do raciocínio sobre os efeitos: esse ato de autonomia que implica permanência do estado de surdez produz efeitos diretos e imediatos na vida – leia-se esfera jurídica – de terceiros que possam ser concretamente identificados?

Há efeitos jurídicos diretos e imediatos que incidem sobre a coletividade, que permitam afirmar lesão ou risco real de lesão à coletividade e suscitem confronto com interesse público de preservação dos interesses da sociedade?

As duas perguntas têm resposta negativa. Se não há efeitos diretos e imediatos, o que se tem é simplesmente a ofensa a padrões sociais que não constituem, por si, interesses juridicamente tutelados. Diante da ausência de status jurídico dos argumentos que são contrapostos aos direitos dos surdos sobre seus próprios corpos, não há fundamento para limitação da autonomia cujos efeitos que não atingem a terceiros, tampouco à coletividade. Trata-se de exemplo que caracteriza a eficácia pessoal do ato de autonomia. A partir daí, prevalece a noção de que há aqui um espaço de liberdade para a construção do projeto de desenvolvimento pessoal de acordo com a multiplicidade de concepções sobre a vida digna.

É preciso considerar, ainda, que a investigação sobre a irrelevância das ofensas a padrões no plano concreto depende dos resultados da investigação em abstrato: determinados valores compartilhados pela sociedade não poderão figurar como valor jurídico, pouco importando se eles são referentes à maioria da população. Não se trata de número de adesões, mas sim de compreender que o recurso aos valores é mecanismo limitado pela moralidade constitucional, pelo que um valor só será enquadrado como valor jurídico se for possível determinar o seu correspectivo axiológico no Texto Constitucional. Não há sentido na investigação dos atos de autonomia de acordo com seus efeitos se aquilo que se contrapõe ao interesse do titular da situação existencial já for, de antemão, impedido de receber a tutela jurídica. A averiguação dos efeitos tem em vista a exclusão de padrões morais que sejam juridicamente irrelevantes, o que pressupõe não ser antijurídico. Ora, sendo assim, parece óbvio que não pode haver dúvidas quanto à impossibilidade de limitar a autonomia por fundamentos contrários ao direito.

No entanto, nada é tão elementar assim quando se trata de analisar quais valores são contrários ao direito, como se vê a partir do famoso caso Richarlyson. Em 2007, o jogador de futebol Richarlyson apresentou queixa-crime contra um cartola do clube Palmeiras, que insinuou que o atleta seria homossexual. Foi negado prosseguimento à ação penal. Entre os argumentos apresentados pelo juiz, ganharam destaque as afirmações de que “o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual”, e de que caso o jogador “fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados”¹⁴ Mas a relevância desse caso de matéria penal

¹⁴ TJSP, 9ª V.Crim, proc. nº 936/07, Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho, julg. 5.7.2007.

está no fato de que os valores que indicam tanto machismo quanto homofobia são compartilhados por grande parte da sociedade. O problema é que mesmo tendo adesão da população, esses valores não encontram respaldo nos valores constitucionais e “não podem funcionar como condição suficiente de juridicidade”.¹⁵

Ganha relevo neste ponto a noção de pluralismo,¹⁶ pela qual a sociedade é marcada pela diversidade de múltiplas formas, sexual, política, racial. Naturalmente, essa diversidade gera como consequência diferentes visões de mundo, que devem ser asseguradas juridicamente como exercício legítimo da democracia. Como esclarece Luis Roberto Barroso, “o Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social”.¹⁷

Assim, as diferentes concepções de vida devem conviver em ambiente marcado pela tolerância, e então a partir do pluralismo torna-se mais fácil sustentar a irrelevância jurídica da ofensa a determinados padrões morais, diante da ausência ou insignificância de seu *status* jurídico. Trata-se de postura imposta por uma das mais importantes dimensões da dignidade da pessoa humana, que demanda o mesmo reconhecimento para “todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual ‘reconhecimento’”.¹⁸

Em síntese, de acordo com a teoria tríplice apresentada, classificação dos atos de autonomia em relação aos efeitos – atos de eficácia pessoal, interpessoal e social – demanda um *plano de investigação* que deve seguir as seguintes etapas sucessivas:

- (i) Verifica-se qual a natureza dos valores contrapostos à autonomia. Deve-se excluir qualquer valor moral que não encontre amparo legal, e que por isso não será considerado jurídico. Na ausência de valores jurídicos, não há necessidade de prosseguir para a segunda etapa e o ato de autonomia deverá ser classificado como de eficácia pessoal, cujos efeitos jurídicos não extrapolam a esfera jurídica do titular. A eficácia pessoal afasta a incidência de qualquer elemento limitador da autonomia, exceto nos casos regidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como se

¹⁵ MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Positivismo jurídico inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 98.

¹⁶ Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, n. 17, p. 112, jan./jun. 2011.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais, cit., p. 127.

disse antes. Havendo, por outro lado, valores jurídicos contrapostos à autonomia, passa-se à averiguação dos efeitos;

- (ii) Os efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia geram lesão ou risco real de lesão à esfera jurídica alheia à do titular da situação? Se a resposta for negativa, trata-se de ato de autonomia de eficácia pessoal e a investigação deve ser encerrada aqui. Se a resposta for afirmativa, passa-se à averiguação do status jurídico da lesão na próxima etapa;
- (iii) A lesão que pode ser causada pelo ato de autonomia alcança interesse alheio que goza de status jurídico capaz de limitar os interesses do titular da situação existencial? Se a resposta for negativa, a investigação se encerra aqui, configurando-se o ato de autonomia de eficácia pessoal. Se a resposta for positiva, segue-se para a verificação das esferas jurídicas afetadas;
- (iv) As pessoas e suas esferas jurídicas afetadas pelos efeitos do ato de autonomia podem ser concretamente identificadas e individualizadas? Se sim, a investigação é encerrada, e resta configurado o ato de autonomia de eficácia interpessoal, que enseja a limitação concreta do ato de autonomia, especialmente através da incidência da cláusula de bons costumes e da ponderação dos interesses contrapostos – o que pressupõe a resolução judicial do conflito. Se a resposta for negativa, prossegue-se para a última etapa da investigação;
- (v) O ato de autonomia existencial causa efeitos diretos e imediatos para um número indefinido de pessoas, gerando lesão ou risco real de lesão para a coletividade? Se foi possível percorrer todas as etapas anteriores e chegar até aqui, respondendo-se afirmativamente à última pergunta formulada, trata-se de ato de autonomia de eficácia social, cuja limitação pode ser feita de maneira mais ampla. Nesse tipo de ato, além da restrição da autonomia feita em âmbito judicial, por ocasião do conflito concreto, é possível aplicar outros instrumentos limitadores da autonomia em abstrato, o que pode ser feito também por meio de iniciativa legislativa específica para vedar a conduta, além de admitir a incidência da cláusula geral de bons costumes.

Todas essas variáveis devem orientar o intérprete na tarefa – quase sempre árdua – de encontrar os fundamentos e os limites legítimos para o exercício da autonomia privada na legalidade constitucional, em seu viés existencial ou patrimonial. A classificação de um ato de autonomia existencial como interpessoal ou social admite a possibilidade de limitação, que pode ser feita em abstrato ou no caso concreto, como se viu antes, o que demanda considerações adicionais sobre qual o instrumento adequado para promover essa restrição à liberdade.

3 A cláusula geral de bons costumes como instrumento para limitação e garantia da autonomia privada existencial

Tradicionalmente, os costumes são utilizados de maneira retrospectiva, com os olhos voltados para o passado a fim de retratar algo que já está consolidado, e não como algo a se projetar para o futuro. Daí por que os costumes sempre foram somente o retrato de práticas reiteradas que adquiriram força jurídica, e que por isso mesmo deveriam ser levadas em consideração como a tradição de determinado grupo ou setor da sociedade. A noção de bons costumes se consagrou historicamente como elemento voltado para a moral social já consolidada, a partir da qual se realizava um juízo de qualidade sobre essas práticas repetitivas, de modo que se pudesse qualificar os costumes como bons ou maus, sendo estes últimos particularmente indesejáveis para a ordem jurídica e social. Essa sempre foi a tônica do recurso aos bons costumes, especialmente no contexto jurídico brasileiro.

Esse modelo de bons costumes é, contudo, o avesso do que se propõe pela interpretação da cláusula geral de bons costumes à luz da Constituição. Trata-se, com efeito, de promover a correta transição entre os elementos vinculadores dos costumes. Agora bons costumes, revestido das qualidades de uma técnica legislativa orientada à abertura do sistema, volta-se também para o futuro, vinculando-se à concretização não mais da moral social pura e simplesmente, mas, especificamente, da moralidade constitucional. Dito de outro modo, os bons costumes no sentido tradicional do termo estavam ligados à moral social revelada pelo passado e pelos comportamentos reiterados. A concepção constitucionalizada de bons costumes, por sua vez, volta seus olhos para o futuro, a fim de impregnar de sentido constitucional as práticas que ainda serão consolidadas.

Mas se por um lado é relativamente fácil distanciar a perspectiva constitucionalizada dos bons costumes daquela concepção de bons costumes voltada para a manutenção da tradição,¹⁹ por outro é extremamente difícil delimitar o alcance e o conteúdo desta cláusula geral. Assim como acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana, é difícil definir positivamente o conteúdo de um conceito jurídico tão vago, ainda mais por ser uma cláusula que tem os pés fincados tão fortemente nas considerações de ordem moral, como é o caso dos bons costumes. Mais fácil é, sem dúvidas, definir tais conceitos negativamente. Assim, sabe-se com relativo consenso que a tortura é um tratamento degradante

¹⁹ Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 22, p. 425-442, 2017.

que fere a dignidade da pessoa humana, ainda que o conteúdo do princípio não tenha um único conceito satisfatório.

Essa dificuldade em fixar um conteúdo estático e definidor de bons costumes é decorrência direta dos benefícios dessa cláusula geral. Suficientemente ampla para abarcar o maior número possível de hipóteses concretas e satisfatoriamente vaga para ampliar a autonomia do intérprete, o conteúdo da cláusula geral é essencialmente variável. Do contrário, ter-se-ia o esvaziamento do grande potencial democratizante que essa técnica legislativa possui. Por isso, é tão útil quanto mais intelectualmente honesto assumir que o papel da doutrina não é de confinar as cláusulas dessa natureza nos limites estáticos que as conceituações dogmáticas usualmente exigem. Ao contrário, deve ser compromisso das pesquisas teóricas fornecer as características gerais e os parâmetros específicos para que os intérpretes possam aplicar corretamente tais conceitos de conteúdo vago e indeterminado, de acordo com o papel democratizante que deles se espera. Nesse sentido, torna-se imprescindível dedicar esforços a fim de mapear quais seriam as funções da cláusula geral dentro do contexto constitucional democrático brasileiro.

A investigação sobre o conteúdo funcional de uma cláusula geral rompe com racionalismo moderno que se consagrou juridicamente nas codificações liberais através privilégio da perspectiva estrutural dos institutos jurídicos. Como sintetiza Pietro Perlingieri, “Estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizam mediante estruturas diversas. [...] Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*”.²⁰ Nessa ordem de ideias, a estrutura indica o instituto como ele é, a partir de seu perfil morfológico,²¹ enquanto a função, por sua vez, corresponde à síntese dos efeitos essenciais, remetendo à finalidade do instituto.²²

No que tange genericamente às cláusulas gerais, é preciso destacar que esse modelo legislativo poderá assumir três diferentes tipos distintos. O primeiro deles, denominado *cláusulas gerais restritivas*, corresponde à cláusula geral cujos termos servem para restringir em determinadas situações “o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico”, como ocorre com a incidência da função social da propriedade e do contrato.²³

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 118.

²¹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-27

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, cit. p. 94.

²³ Essa tipologia pode ser encontrada em: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de*

O segundo tipo, denominado *cláusula geral regulatória*, é composto por disposições do “tipo regulativo”, cuja função consiste em “regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa”.²⁴ O terceiro e último tipo, denominado *cláusula geral extensiva*, é definido pela presença de disposições que visam “ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos”.²⁵

Enquanto a estrutura da cláusula geral dos bons costumes é pouco reveladora e ajuda muito timidamente na investigação sobre o papel autônomo desse instituto – e até por isso há quem sustente a total irrelevância do perfil estrutural das cláusulas gerais²⁶ –, a função, por sua vez, é a chave capaz de esclarecer qual o alcance da noção de bons costumes no Código Civil de 2002, de acordo com a Constituição Federal de 1988. Isso significa que, para além da função genérica que é atribuída a toda e qualquer cláusula geral – vale dizer, oxigenação do sistema jurídico, efetivação dos princípios constitucionais no plano infraconstitucional, maior liberdade ao magistrado –, é possível detalhar funções específicas, próprias da cláusula geral de bons costumes.

Considerando que a autonomia existencial só comporta limites externos, como se viu antes, a função mais relevante da cláusula geral de bons costumes é operar como instrumento de limitação da autonomia extrapatrimonial. O recurso aos bons costumes só deve ser feito nas hipóteses em que o ato de autonomia admite ser limitado, pelo que a teoria tríplice da autonomia auxilia o intérprete, permitindo que a liberdade existencial só sofra restrições quando puder ser categorizada como de eficácia interpessoal ou de eficácia social. Isso equivale a dizer que o ato de autonomia extrapatrimonial é, *a priori*, digno de tutela unicamente por se dirigir à esfera jurídica de seu titular, sem que lhe seja atribuído qualquer encargo social, razão pela qual nos atos de autonomia de eficácia pessoal não se admite a incidência de bons costumes. Já os atos de eficácia interpessoal ou social atraem a cláusula geral de bons costumes.

Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 15, Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 15, Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.208.

Com essa demarcação do campo de incidência dos bons costumes revela-se a grande distinção entre bons costumes e as outras duas clássicas cláusulas gerais do Código Civil de 2002, vale dizer: enquanto a autonomia patrimonial é limitada internamente pela função social e pela boa-fé, como já se disse, a autonomia existencial será ilimitada, desde que o seu exercício não impeça ou implique prejuízos à realização da liberdade alheia – caso em que haverá a incidência dos bons costumes como legítimo instrumento de limitação da liberdade extrapatrimonial.

Além de delimitar o seu campo de incidência, é preciso reinterpretar o seu conteúdo e redefinir o seu papel, a fim de democratizar o instituto dos bons costumes, por força de todas as dimensões axiológicas que foram assentadas na Carta Fundamental de 1988. A democratização da cláusula de bons costumes encontra obstáculos de diversas naturezas. Além da insuficiência de estudos doutrinários acerca do tema, é ainda mais dramática má utilização do termo nos tribunais. Isso ocorre porque a cláusula geral dos bons costumes é habitualmente empregada pelos tribunais como um conceito de atalho (*shortcuts*)²⁷ para justificar a limitação da autonomia privada de cunho existencial, sem que haja, efetivamente, a identificação dos valores que a fundamentam. Nota-se, nesse particular, que a noção de bons costumes também é acompanhada de outros elementos afins, sem que haja uma correta individualização dos conceitos e das condutas que concretamente os tenham afrontado; e nesses casos até mesmo as cláusulas da boa-fé e da função social acabam perdendo sentido autônomo e força no jogo de forças argumentativo. Isso significa também que o recurso equivocado aos bons costumes é feito, não raro, como se a cláusula geral fosse, na verdade, um princípio procedimental para auxiliar o intérprete na ponderação dos interesses no caso concreto.²⁸

Bons costumes é conceito que envolve fortes considerações de ordem moral, tanto assim que usualmente esta cláusula é identificada com outro conceito de

²⁷ Sobre a utilização dos conceitos de atalho como limites aos direitos fundamentais, ver por todos, MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 849 e ss.

²⁸ Em decisão que enquadra como abusivo o corte de energia elétrica por débito de R\$0,85, verifica-se a dificuldade do intérprete para qualificar a conduta, o que acaba sendo feito sem discriminar qual dos fatores previstos artigo 187, CCO2, ensejou a abusividade. (STJ, 1ª T., REsp nº 811.690 /RR, Rel. Min. Denise Arruda, julg: 18.5.2006, DJ 19.6.2006). Outras decisões do STJ com a mesma insuficiência de justificativas diante da aplicação de bons costumes juntamente com outras cláusulas: STJ, 3ª T., REsp nº 1192678/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13.11.2012, DJ 26.11.2012. STJ, 2ª T., REsp nº 880.605/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Massumi Ayeda. Julg. em 13.6.2012, DJ 17.09.2012. STJ, 4ª T, REsp nº 650.373/SP, Rel. Min. João Otavio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.3.2012, DJ 25.04.2012. STJ, 4ª T, REsp nº 1112796/PR, Rel. Min Luis Felipe Salomão, Rel p/ Acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Julg. 10.8.2010 DJ 19.11.2010.

igual indeterminação semântica, que é a moral social. Tradicionalmente, a noção de moral social está ligada aos costumes que foram assentados ao longo do tempo como comportamento socialmente adequado, variando, normalmente, de acordo com o grupo no qual são analisados. Trata-se de noção que se volta para os valores que já estão cristalizados, ou seja, a moral social é o retrato da sociedade por meio de seus costumes em determinado momento histórico.

Mas o aspecto mais importante a se destacar é que a cláusula geral dos bons costumes é uma janela para impregnar as relações privadas com os valores assentados pela Constituição Federal de 1988. Assim, não se trata de ligar os bons costumes unicamente aos costumes de uma determinada sociedade, não só porque os costumes sociais muitas vezes não encontram amparo na Constituição, mas também pelo fato de que o Código Civil de 2002 distinguiu quando se deve ir ao passado para dar força jurídica à tradição através dos costumes e quando se deve olhar para a promoção de valores democráticos nas relações privadas através da cláusula geral de bons costumes. Evidentemente, tendo em vista a elasticidade do conceito de bons costumes em virtude da época e da sociedade na qual se insere, o preenchimento dessa cláusula deve encontrar limites na moralidade constitucional, exigência inafastável de uma democracia pluralista, como é o caso da brasileira.

Assim, compreende-se a cláusula como o mecanismo por meio do qual se pode recorrer aos valores compartilhados pela comunidade, com amparo constitucional, para que, justamente, a autonomia existencial só seja limitada diante de condutas que impedem a fruição dos espaços recíprocos de liberdade. Dito de outro modo, é na noção constitucionalizada de bons costumes que se deve depositar a responsabilidade de garantir que toda e qualquer conduta ou costume só possa prevalecer numa relação privada existencial se não houver lesão ou ameaça de lesão a direitos de uma das partes envolvidas ou mesmo da comunidade como um todo.

Para conferir maior concretude a essa cláusula geral, busca-se na construção doutrinária sobre a boa-fé os mesmos mecanismos para interpretação-aplicação dos bons costumes, como se verá a seguir.

4 As funções da cláusula geral de bons costumes: função geradora de deveres, função limitadora de direitos, função de cânone interpretativo

Tomando como base as funções atribuídas à boa-fé na criação de deveres, salvaguarda de direitos e como cânone interpretativo, pode-se extrair dos bons

costumes a mesma tripartição de papéis, só que em direção à autonomia existencial. Isso equivale a dizer, em suma, que a cláusula de bons costumes desempenha sobre a autonomia existencial as mesmas três funções que a cláusula de boa-fé exerce sobre a autonomia patrimonial.

Como cânone interpretativo, os bons costumes indicam que a resolução de toda e qualquer demanda envolvendo o exercício da autonomia existencial deve ser orientada pelo respeito à pluralidade de valores que conformam a ordem constitucional, de tal modo que nenhuma visão de mundo se imponha sobre as demais no caso de ambas serem amparadas constitucionalmente, como consequência da incidência do princípio constitucional da solidariedade e do pluralismo democrático nas relações privadas. Trata-se de cláusula que garante a vinculação do intérprete à moralidade constitucional, garantindo maior efetividade à tutela da personalidade na medida da dignidade da pessoa humana, como referido anteriormente.

Como criadora de deveres, tem-se na cláusula geral de bons costumes a necessidade de se impor uma conduta positiva, colaborativa, sempre que o ato de autonomia implicar consequências jurídicas relevantes para esferas jurídicas alheias a do seu titular. Tendo em vista os dispositivos que trazem previsão expressa sobre bons costumes no CC/02 (art. 13, *caput* e parágrafo único, art. 122, art. 187, art. 1.335, IV, art. 1.638, I, II, III), é possível indicar a existência, não exaustiva, de pelo menos oito deveres decorrentes da cláusula geral em análise, que se relacionam à autonomia corporal, às condições do negócio jurídico, ao abuso do direito, às relações condominiais e à autonomia familiar, como é o caso dos deveres de cooperação e de cuidado, dever de manutenção do status quo, dever de oitiva, deveres de não mercantilização e não instrumentalização, além dos deveres de uso funcional da unidade habitacional e de colaboração deliberativa dos condôminos.

No âmbito da autonomia corporal, ganha destaque o dever de não mercantilização, pelo qual não se permite, pela incidência dos bons costumes no art. 13 do Código Civil, que o corpo ou suas partes sejam comercializados. Trata-se de medida que respeita a dignidade das pessoas em situação de vulnerabilidade concreta, que sacrificariam o próprio corpo em troca de vantagem patrimonial, assim como visa a coibir que haja outra forma de acesso a órgãos humanos que não seja por meio da solidariedade sem objetivo patrimonial, já que tal possibilidade feriria a dignidade de inúmeros pacientes que não poderiam ter acesso a transplantes de forma remunerada e geraria um sistema inadmissível de exclusão do acesso à saúde.

Ainda sobre o corpo e a autodeterminação corporal, ganha relevo o dever de colaboração no ambiente esportivo. Caracterizam-se como condutas não

esportivas as situações de *doping* em esportes com modalidade competitiva, nos quais o ato de autonomia corporal influenciado pelo uso de substâncias proibidas gera repercussões negativas na esfera jurídica alheia, violando os deveres de colaboração que devem pautar os pactos esportivos. Ainda que o *doping* represente uma potencial diminuição da integridade física do usuário da substância, essa opção existencial não gera exatamente os mesmos efeitos jurídicos em esferas alheias ao do titular da situação. Nesse sentido, trata-se de ato de eficácia pessoal com relação à possível diminuição da integridade física, e por tal razão não pode ser limitada pelos bons costumes. Mas o mesmo não se pode afirmar quanto aos demais efeitos que a conduta antiesportiva individual produz sobre outros participantes. O *doping* desequilibra a paridade inicial de forças que parece ser a tônica de qualquer esporte competitivo. Nesses casos, o exercício da autonomia corporal promove a diminuição da liberdade dos demais participantes, violando o dever de cooperação que demanda que as partes apresentem conduta colaborativa, assumindo como coletiva a tarefa de manter o equilíbrio salutar que todo o ambiente competitivo deve ter para assegurar que o princípio da igualdade seja, de fato, respeitado.

Dito de outro modo, trata-se, na linguagem comum da prática esportiva, de se garantir o princípio do jogo leal, ou *fair play* – necessidade que legitima a aplicação dos deveres decorrentes da cláusula geral de bons costumes. Caso fique constatada a conduta antiesportiva, a violação ao artigo 13 atrairá as providências legais geradas pela prática de atos ilícitos desta natureza, pelo que se resguarda o direito do competidor lesado de buscar a reparação pelos danos sofridos.

Já a importância do dever de não instrumentalização se torna evidente no campo dos negócios jurídicos. A autonomia existencial poderá ser limitada sempre que as condições colocadas nos negócios jurídicos causarem a inversão da lógica constitucional segundo a qual há preeminência das situações existenciais sobre as situações patrimoniais. Isso pode acontecer com condições que imponham sacrifício de interesses existenciais para acessar o conteúdo patrimonial de um negócio jurídico. Trata-se, portanto, de observar o dever de não instrumentalização, pelo que a pessoa não pode ser transformada em meio para a satisfação de interesses alheios. Apesar da sua proximidade com o dever de não mercantilização, o fato é que a não instrumentalização é mais ampla, de modo que, além de proibir a vinculação de vantagens patrimoniais a disposições de ordem existenciais, demanda que mesmo nos negócios existenciais as condições existenciais devam ser limitadas pelos bons costumes.

Exemplo desse tipo de situação ocorre na hipótese conhecida como doação compartilhada ou relacionada, cuja regulamentação médica é feita por meio de

resolução do Conselho Federal de Medicina, que não coíbe a prática. Trata-se de contrato de prestação de serviços médicos para a realização de técnica de reprodução humana assistida que possui cláusula dispendo sobre a gratuidade dos serviços prestados caso a paciente aceite o encargo²⁹ de doar seus óvulos para a clínica realizadora ao término dos procedimentos. Evidentemente, o tratamento inicial que induz a ovulação não traz a segurança de que haverá sucesso na produção de óvulos, o que poderá acontecer como consequência dos procedimentos utilizados ou não. Caso haja óvulos disponíveis para a doação, a doadora seria beneficiada com a ausência de cobrança sobre os valores dos procedimentos realizados. A vantagem oferecida representa uma condição restritiva da autonomia, pelo que a mulher sem recursos que deseja engravidar por esses meios aceitará a restrição da sua autonomia existencial em prol da vantagem de ordem econômica que é oferecida pela clínica para fins de viabilizar o tratamento médico de outras pacientes que desejam engravidar por meio de técnicas reprodutivas.

Sobre o tema, cabe ainda uma importante ressalva. Nem mesmo os negócios jurídicos de natureza estritamente existencial podem ser condicionados por condições também existenciais. É característica própria da autonomia existencial não sofrer limitações impostas pela vontade alheia à do seu titular. O contrário significaria absoluta violação ao dever de não instrumentalização, que já foi explicitado antes – pelo que não se pode, por exemplo, admitir que a doação de partes de um órgão regenerável, como o fígado, esteja condicionada ao fato de o receptor abandonar definitivamente o tabagismo ou mesmo de concluir algum curso superior desejado pelo doador.

Considerando a previsão da cláusula geral de bons costumes no artigo 187 do Código Civil, tornou ainda mais evidente a possibilidade do abuso do direito como expressão do exercício disfuncional também no âmbito das relações existenciais,³⁰ o abuso da autoridade parental é um exemplo bastante claro da violação de deveres de cuidado e de colaboração. No seio da família democrática, não há espaço para o desequilíbrio de forças no exercício do poder familiar, sendo certo que qualquer ato que venha a quebrar a harmonia desse contexto agirá contra o dever de cooperação sempre que essa conduta vá de encontro ao melhor interesse da criança, diminuindo, também o espaço de autonomia familiar dos outros genitores.

²⁹ Aqui cabe a interpretação de que se trata de encargo estipulado sob a forma de condição (art. 136), razão pela qual se aplica a disciplina valorativa das condições.

³⁰ Na mesma direção, “não obstante tradicionalmente o estudo desse instituto seja relacionado às situações patrimoniais, não há óbice jurídico à sua aplicação às situações existenciais” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

Mas se o dever de colaboração dá destaque aos interesses do genitor sobre o qual se dirige a alienação – ainda que, obviamente, viole o melhor interesse da criança –, o dever de cuidado que é negligenciado nessas situações se dirige ainda mais especificamente aos interesses da prole. Decorre da cláusula geral de bons costumes a exigência de que o comportamento de todos os envolvidos na dinâmica da autoridade parental esteja de acordo com o dever de cuidado. Sobre a importância desse dever, já se disse que o cuidado assume verdadeira expressão humanizadora, pelo que “o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana”.³¹ Concretamente, o cuidado alcança a qualidade de valor jurídico,³² pois, “constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto”.³³ Logo, a restrição da autonomia familiar no exercício abusivo dos poderes e deveres dos responsáveis representa um grave rompimento com os deveres de cuidado que são impostos pelos bons costumes nas relações que envolvam interesses de vulneráveis. Nessa ordem de ideias, a configuração do exercício abusivo do poder familiar se dá mediante a correta aplicação dos bons costumes, e não de qualquer dever oriundo da boa-fé.

É também no âmbito da autonomia familiar que se encontra uma das incidências mais graves e excepcionais da cláusula geral de bons costumes, que é a hipótese de perda do poder familiar dos genitores que praticam atos contrários à moral e aos bons costumes, já que “a destituição do poder familiar é algo sempre perturbador e traumático para o juiz, pois envolve o poder de declarar desfeitos os vínculos de filiação e parentescos entre os pais e os filhos. Por ser algo assim tão relevante, o legislador trata a destituição do poder familiar como algo excepcional”.³⁴ Enquadrando-se a conduta parental nessa previsão normativa, tem-se a necessária observância do dever de manutenção do *status quo*. Trata-se de exigência que vincula o intérprete na aplicação das medidas de rompimento do vínculo parental, em razão disso deve-se ter em conta que a perda do poder familiar deve ser, necessariamente, a *ultima ratio*, uma vez que a sua aplicação promove o afastamento entre pais, mães e seus filhos.

³¹ WALDROW, Vera Regina. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309.

³² STJ, REsp. nº 1.159.242/SP, 3ª T, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, julg. 24.4.12.

³³ STJ, REsp. nº 1.159.242/SP, 3ª T, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, julg. 24.4.12.

³⁴ TJMG, Ap. Cível nº 1.0024.02.619286-4/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Elza, julg. 30.7.2009.

Da exigência de que a perda do poder familiar seja, comprovadamente, a *ultima ratio*,³⁵ decorre a necessidade de se recorrer sempre que possível a medidas mais suaves, igualmente voltadas à preservação do melhor interesse dos menores envolvidos. Sempre que possível, os intérpretes devem resguardar o contexto no qual a criança está inserida, que é, presumidamente, a melhor alternativa a qualquer mudança, tendo em vista a necessidade de permanência que a infância demanda. No universo infantil, todas as alterações de rotina, ambientes e cuidadores se mostram sobremaneira delicadas, de modo que se deve afastar a todo custo alterações na configuração familiar que não sejam fundamentalmente necessárias.

Evidentemente, e afinal é sobre essa situação que deve tratar o art. 1.638, há comportamentos parentais que inviabilizam a permanência da criança na mesma organização familiar com a qual está habituada e que constituem violação absoluta do dever de cuidado, como é o caso de abuso sexual, ou dependência química que inviabilize os deveres objetivos que os responsáveis devem assumir para cuidar das pessoas em situação especial de desenvolvimento. Sendo assim, caberá ao magistrado demonstrar em sua decisão o comprovado insucesso de outras medidas, além da convicção, com base em sólida produção probatória, de que a manutenção do vínculo familiar, em tais casos, causa danos mais intensos e irreversíveis do que a extinção desses laços jurídicos. Nesses casos, contudo, é preciso que as medidas de rompimento do vínculo familiar sejam acompanhadas de um intenso apoio psicológico, a fim de diminuir os impactos negativos e inevitáveis que as medidas dessa natureza causam a pessoas em situação especial de desenvolvimento.

Ao lado dos deveres de cuidado, de cooperação e de manutenção do *status quo*, um dos deveres mais importantes derivados da cláusula geral de bons costumes é o dever de *oitiva* da criança, pelo que, em todos os casos em que a criança puder se expressar, é preciso ouvi-la a respeito da medida adotada, especialmente na hipótese de destituição do poder familiar. Nesse sentido, foi feliz o Estatuto da Criança e do Adolescente, que consignou o dever de dar voz aos vulneráveis em diversas passagens, mais especificamente no parágrafo 3º do art. 161, que se refere à perda ou suspensão do poder familiar e determina que, “desde que possível e razoável”, será obrigatória a oitiva da criança e do adolescente. O dever de oitiva foi reforçado com a entrada em vigor da Lei nº 13.431, de abril de 2017, que fixou diretrizes para o procedimento de oitiva para criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência. Através de depoimento especial, a oitiva dessas crianças e adolescentes será feita em local apropriado,

³⁵ TJSC, Ap. Civ. 20140029106 (SC 2014.002910-6), 2ª CC, Rel. Min. Monteiro Rocha, julg. 4.6.2014.

com absoluta privacidade e sem qualquer contato visual com o acusado. Essas medidas são de suma importância para garantir que a aplicação dos bons costumes seja feita tendo em conta a autonomia da criança e do adolescente, que, em face do seu reduzido discernimento, não é decisiva, mas fornece uma das mais relevantes diretrizes para que o magistrado possa formar sua convicção. Em sentido mais amplo, o dever de oitiva representa um passo estratégico para coibir o exercício autoritário do poder parental – absolutamente incompatível com a ideia de família democrática.³⁶

A respeito da aplicação dos deveres decorrentes dos bons costumes nas relações condominiais, sua incidência se deve à necessidade de salvaguardar a boa convivência do grupo condominial. Justamente por definir limites à autonomia existencial dos condôminos, é preciso que a cláusula de bons costumes seja bem-sucedida na tarefa de encontrar a fina medida entre os interesses em jogo, inclusive harmonizando-os diante das convenções condominiais, pelo que não servirá para a padronização de comportamentos considerados adequados socialmente, ainda que isso represente os ideais da maioria local. Nesse sentido, um dos deveres decorrentes dos bons costumes sobre as relações de vizinhança está ligado ao uso anormal das unidades habitacionais, sendo necessário entender por anormal a conduta que impede o exercício recíproco da autonomia existencial de cada condômino. E essa restrição quanto à noção de anormalidade é ainda mais importante por se tratar de aplicação da cláusula de bons costumes a um ambiente que é essencialmente grupal, ou seja, o modo mais complexo e delicado de constituição das relações jurídicas.

Tendo isso em vista, o dever de utilização regular da unidade habitacional diz respeito à função que lhe é atrelada, ou seja, a função de moradia ou mesmo a função econômica³⁷ que é conferida quando a convenção permite esse tipo de prática. Assim, o exercício da autonomia condominial será contrário aos bons costumes sempre que se caracterizar que o uso não regular da unidade representa impedimento ao exercício da autonomia condominial dos demais condôminos.

Também decorre dos bons costumes o dever de colaboração deliberativa, pelo qual os condôminos devem conservar um comportamento voltado à realização do bem comum condominial, e isso não significa somente a não adoção de posturas hostis. De forma mais ampla, é preciso considerar que esse dever exige dos condôminos um comportamento positivo que envolva a necessária

³⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A nova família, de novo. Estruturas e funções das famílias contemporâneas*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013, p. 611.

³⁷ Essa função envolve necessariamente considerações sobre a destinação do prédio, que poderá ser misto, comercial, residencial, edifício-garagem. VIANA, Marco Aurélio S. *Manual do condomínio edilício*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.19.

consideração de que as deliberações se dirigem ao universo condominial como um todo unitário, pelo que se deve considerar que, eventualmente, os interesses individuais poderão ser limitados para satisfação dos interesses coletivos ali implicados.

Essa diretriz demanda, obviamente, que a conduta de cada condômino no momento das assembleias deliberativas e de eventuais outras instâncias de decisão seja objetivamente voltada para a realização do interesse comum. São inúmeras e naturalmente imprevisíveis as hipóteses nas quais o comportamento dos condôminos poderá afrontar a determinação de colaboração que é imposta pela cláusula de bons costumes, entretanto, sabe-se que ofende claramente o dever de colaboração deliberativa o condômino que obstaculiza a realização das reuniões condominiais, agredindo física ou verbalmente os demais condôminos ou o síndico, ou mesmo se apropriando de documentos que asseguram ou legitimam a participação dos votantes.³⁸ O que deve ser considerado para a configuração de um comportamento não colaborativo nas reuniões condominiais é se a conduta (i) representa obstáculo ao livre exercício de opinião dos demais condôminos por constrangimentos morais ou físicos; (ii) impede a verificação do quórum necessário para a aprovação ou alteração de determinadas cláusulas convencionais, o que pode acontecer mediante a ocultação de documentos comprobatórios da condição de condômino ou de seu representante; (iii) inviabiliza o ambiente democrático de decisão mediante ofensas físicas ou verbais, dirigidas ao síndico ou aos demais condôminos.

Em síntese, a autonomia dos condôminos deve ser conduzida de tal modo que todos possam gozar do mesmo grau de liberdade no uso das áreas comuns e das áreas privativas do condomínio, de acordo com o dever de uso funcional da unidade habitacional. Durante o processo deliberativo nas assembleias condominiais, os condôminos devem conservar uma postura colaborativa, pelo que se indica como afronta aos bons costumes aquelas condutas que violam o dever de colaboração deliberativa.

Finalmente, como função limitadora, os bons costumes atuam como barreira que não pode ser transposta por força dos imperativos constitucionais decorrentes da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, ela opera seus efeitos como limite à autonomia existencial, imposto de tal maneira que todos possam gozar em igual medida dos espaços de liberdade. No papel de instrumento que promove a restrição da autonomia existencial, a cláusula de bons costumes só pode exercer essa função diante de atos de autonomia de eficácia interpessoal

³⁸ TJRS, Ap. Civ. nº 70059891135, 5ª CC, Rel. Des. Isabel Dias Almeida, julg. 27.8.2014.

ou de eficácia social, como se afirmou através do recurso à mencionada teoria tríplice. Essa função da cláusula de bons costumes tem sua potência ampliada através das diretrizes sobre deveres e norte interpretativo que as demais funções apresentam.

5 Conclusão

Ainda que toda cláusula geral só possa revelar completamente o seu sentido no caso concreto em que é aplicada, pode-se afirmar que bons costumes é a cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas. A partir da teoria tríplice da autonomia, é possível concluir que os atos de eficácia pessoal não podem ser limitados pela cláusula de bons costumes, pois não admitem limites externos, tendo em vista que só atingem a esfera jurídica do próprio titular. Já os atos de eficácia interpessoal ou social, ao contrário, podem sofrer a incidência dos bons costumes, pois demandam a imposição de limites externos quando produzem efeitos em esferas jurídicas distintas.

Através das três funções que a cláusula geral de bons costumes assume na legalidade constitucional e de sua incidência determinada pela produção de efeitos do ato de autonomia existencial, sua aplicação promove o desejado equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado, como se buscou demonstrar.

The function of the *boni moris* general clause in Civil Law and the tripartite theory of existential private autonomy

Abstract: The article analyses the functions of the *boni moris* general clause of the Civil Code according to the Brazilian Constitution. And its application as an instrument of restriction of existential autonomy.

Keywords: Existential autonomy. *Boni moris*. Personality. General clause.

Summary: **1** Introduction – **2** Tripartite theory of existential or extra-private private autonomy – **3** The general clause of good customs as an instrument for limiting and guaranteeing existential private autonomy – **4** The functions of the general clause of *boni mores*: duty generating function, limiting function of rights, function of interpretive canon – **5** Conclusion.

Recebido em: 17.10.2017
1º parecer em: 30.10.2017
2º parecer em: 30.10.2017

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.
