



A DEFINIÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES E A MORALIDADE CONSTITUCIONAL: RESENHA À OBRA “BONS COSTUMES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO”, DE THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO

Caitlin Mulholland

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

Um dos conceitos jurídicos menos desenvolvidos em nossa doutrina do Direito Civil é aquele dos bons costumes. Apesar de prevista em inúmeras passagens legislativas, esta cláusula geral é pouco tratada por nossos autores, que, em grande parte, consideram o seu conceito como algo que se refere a uma tradição jurídica, com natureza eminentemente histórica. A obra de Thamís Dalsenter Viveiros de Castro – “Bons costumes no Direito civil brasileiro” – faz um resgate de tal cláusula geral, esmiuçando de forma didática e sistematizada o conceito de bons costumes, explorando o tema com brilhantismo e nos indicando o caminho a ser percorrido para desvelar a substância de tal instituto.

São inúmeras as questões que se acumulam onde o tema dos bons costumes se insere, como, por exemplo, qual a interpretação que deve ser dada à cláusula geral de bons costumes e qual o seu conteúdo. Por outro lado, indaga a autora como seria possível identificar as situações concretas em que tal cláusula deve ser aplicada e como fazê-lo de forma a atender adequadamente às funções do Direito Civil contemporâneo. Tais perguntas levaram a autora a um estudo de pesquisa profundo com a finalidade de identificar a essência do conteúdo da cláusula geral de bons costumes.

Numa pesquisa que se inicia com um levantamento legislativo, a autora identifica que a cláusula de bons costumes está prevista como limite para a disposição sobre o próprio corpo (artigo 13 do Código Civil), como baliza no exercício de um direito, caracterizando o seu descumprimento como abuso do direito (artigo 187 do Código Civil), como critério para determinar a ilicitude das condições

apostas em negócios jurídicos (artigo 122 do Código Civil), como requisito para o exercício do poder familiar, que, se descumprido, leva à sua destituição (artigo 1.638, III, do Código Civil), e como limite para o exercício de direitos e deveres pelos condôminos, nas relações condominiais (artigo 1.336, IV, do Código Civil).

Entre os problemas identificados pela autora no estudo sobre bons costumes, três são mais evidenciados: a vaguidade do termo, a impropriedade com que normalmente é empregado pelos Tribunais brasileiros e a dificuldade da sua aplicação no terreno das relações existenciais. Esta última dificuldade foi a propulsora da pesquisa da autora, que em momento anterior já havia se dedicado aos estudos sobre limites à autonomia corporal-existencial. Para Thamis, a problemática que envolve os conceitos de conteúdo indeterminado é ainda mais dramática no campo da autonomia existencial, devido às influências paternalistas no julgamento e interpretação dos casos. Foi nesta seara que a autora escolheu abordar a aplicação dos bons costumes, uma vez que os atos de autonomia desta natureza não podem ser funcionalizados a interesses alheios aos do seu titular.

De outro lado, a aplicação da cláusula geral de bons costumes na contemporaneidade sofre uma dificuldade de natureza política e social, na medida em que tal conceito foi largamente utilizado pelos regimes brasileiros antidemocráticos para embasar políticas públicas autoritárias de interdição das liberdades. Por conta desta usurpação política do conceito, a autora considera necessária uma forte verificação dos fundamentos que embasam o ato de autonomia para que, só então, se admita a incidência dos bons costumes como seu elemento limitador.

A partir da delimitação do tema de sua pesquisa aos atos de autonomia existencial, a autora buscou identificar a quais destes atos seria possível aplicar a cláusula geral dos bons costumes, considerando-se o próprio conteúdo do exercício da autonomia e a sua restrição dentro de um parâmetro de paternalismo aceitável. Para isso, a autora construiu um esquema teórico para classificar as situações subjetivas existenciais de acordo com os seus efeitos, quais sejam, as de eficácia pessoal, interpessoal ou social. As situações existenciais de eficácia pessoal são aquelas cujo ato de autonomia não produz efeitos jurídicos para além da esfera do seu titular. As interpessoais são aquelas cujos efeitos diretos e imediatos são capazes de causar lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas distintas e concretamente identificadas. E as situações existenciais de eficácia social são aquelas cujo ato de autonomia produz lesão ou ameaça de lesão à esfera jurídica de um número indefinido de pessoas.

A partir desta classificação, a autora define o que seriam “efeitos diretos e imediatos”, utilizando-se das teorias da causalidade na responsabilidade civil. Também estabelece as diferenças entre o conceito de risco real ou potencial de lesão, da noção de mero receio de lesão. Estes esclarecimentos se fazem

necessários para que sejam afastadas quaisquer tentativas de limitar o exercício de uma situação subjetiva existencial com base em seus efeitos indiretos ou não jurídicos.

Com estes conceitos delimitados, a autora construiu a tese de que os atos de autonomia existencial podem ser limitados pela cláusula geral de bons costumes, desde que nas considerações de ordem moral estas encontrem amparo na Constituição Federal e na ideia de moralidade constitucional. Para Themis, a cláusula geral de bons costumes é aplicável como limitadora de exercício de atos de natureza existencial somente quando for possível identificar um correspondente axiológico na Constituição, não importando se determinado valor moral é compartilhado pela maioria da sociedade ou não, tendo em vista que este valor moral social jamais poderá receber o figurino de um valor jurídico, se não identificado por meio de interpretação constitucional.

A autora desenvolve o conceito de bons costumes por meio de uma avaliação excludente (definição negativa), por meio da qual compara a cláusula geral com outras categorias do Direito, tais como princípios gerais de direitos, usos e costumes, fim social e boa-fé. Ao final da análise comparativa, Themis define os bons costumes como 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".

Para a autora, entre as funções identificadas, a limitadora de direitos é o principal papel desempenhado pela cláusula geral de bons costumes. No exercício dessa função, os bons costumes operam seus efeitos como limite à autonomia existencial, imposto de tal maneira que todos possam gozar em igual medida dos espaços de liberdade. Trata-se, em síntese, de tomar o instituto dos bons costumes como limite externo imposto ao exercício dos atos de autonomia de cunho existencial, vinculando-o ao projeto constitucional de livre desenvolvimento da personalidade e, como consequência direta disso, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Themis conclui sua obra realizando análise de cada uma das aplicações da cláusula de bons costumes prevista no Código Civil de 2002, sob a perspectiva de uma limitação fundamentada na denominada moralidade constitucional. Para tanto, a autora utiliza os conceitos que identificou ao longo de sua obra, ilustrando cada uma das aplicações com casos concretos, usuais em nosso cotidiano jurídico. Ao fim, constata a autora que todas as considerações realizadas ao longo do livro tomaram como base a necessidade de que a interpretação da cláusula geral de bons costumes seja fruto do papel criativo do magistrado, mas

com enorme cuidado para que essa criatividade não se converta em decisionismo judicial. Assim, na aplicação da cláusula de bons costumes, o ônus argumentativo do intérprete é aumentado. O julgador deverá revelar os valores que guiaram a sua compreensão, verificando a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, em relação à autonomia corporal, a cláusula de bons costumes se identifica mais fortemente com o dever de não mercantilização, que ganha destaque a partir da proibição de qualquer vantagem patrimonial atrelada ao ato de disposição do próprio corpo. Para a autora, há que se considerar também a necessidade de se afastarem as condições existenciais de negócios existenciais, e não somente patrimoniais. 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.

Já na hipótese do abuso do direito, não se pode ignorar a violação aos deveres de colaboração e de cuidado que a prática da alienação parental provoca. A cláusula de bons costumes deve ser o cânone interpretativo nos atos de autonomia existencial, enquanto o exercício abusivo da autonomia patrimonial continuará sendo guiado pela ideia de respeito à boa-fé e à função social.

Em relação à 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 postura colaborativa, pelo que se indica como afronta aos bons costumes aquelas condutas que violam o dever de colaboração deliberativa.

Por fim, a última hipótese analisada foi a destituição do poder familiar como medida mais gravosa no exercício da autonomia familiar. Há que se ter em conta a necessidade de observar não só o dever de cuidado, mas também os deveres de oitiva (que permite conferir às crianças envolvidas um grau maior de autonomia) e de manutenção do *status quo ante*, já que a mudança de contexto familiar é sacrifício que não pode ser imposto a uma criança sem que haja inequívoca configuração de que nenhuma outra medida é capaz de salvaguardar o melhor interesse da criança. Trata-se, portanto, de tomar essa medida como última *ratio*.

A obra de Thamis Dalsenter Viveiros de Castro é indispensável para a compreensão de um instituto que ficou relegado a um historicismo e a um apego da tradição que não se justificam mais. A releitura ou reinterpretção da cláusula de bons costumes pela autora permite entendimento de que os limites ao exercício de atos de autonomia existencial somente se justificam na medida em

que implicarem consequências jurídicas relevantes para duas ou mais esferas jurídicas, traçando parâmetro de equilíbrio necessário entre exercícios de liberdade distintos.

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

A definição da cláusula geral de bons costumes e a moralidade constitucional: resenha à obra "Bons costumes no Direito civil brasileiro", de Thamis Dalsenter Viveiros de Castro. Resenha de: MULHOLLAND, Caitlin. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 237-241, jan./mar. 2018.
