

BONS COSTUMES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO, DE THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO

"BONS COSTUMES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO",
BY THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO

FERNANDA NUNES BARBOSA

Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de Direito
Civil do Curso de Direito da Faculdade Porto-Alegrense/FAPA.
fernanda@arquipelagoeditorial.com.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

No ano de 2017, a academia jurídica brasileira viu surgir uma obra cuja importância já fora antes destacada, tanto por sua qualidade como por constituir-se, provavelmente, no único estudo contemporâneo sobre os bons costumes no direito brasileiro. Fruto de tese defendida sob a orientação de Maria Celina Bodin de Moraes junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a obra de Thamis Dalsenter Viveiros de Castro vem suprir a inquestionável carência de estudos científicos sobre o tema, a despeito da longa positivação da cláusula dos bons costumes no direito pátrio¹.

-
1. Conforme registra a autora, inclusive sob a perspectiva constitucional, desde a Constituição do Império, de 1824, embora não fosse possível encontrar o termo “bons costumes”, encontrava-se a presença do conceito “costumes públicos”, cuja função também era a de atuar como limite à autonomia dos particulares (p. 119). Desde então, foi apenas na Constituição de 1988 que a expressão deixou de figurar (p. 121). Destaca-se, aqui, a dedicação acadêmica da autora na pesquisa documental das Atas das Comissões da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, de extrema importância para a compreensão do objeto de sua pesquisa, considerando o tema e o cenário de grande diversidade cultural num país continental como o Brasil.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*, de Thamis Dalsenter Viveiros de Castro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16. ano 5. p. 345-350. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2018.

Com uma epígrafe² que resume parte das críticas hoje direcionadas às escolas do neoconstitucionalismo e do direito civil-constitucional, bases teóricas compartilhadas pela autora e premissas de sua análise, a obra propõe uma tese que acaba, nos limites do tema abordado, por responder a tal crítica. Se por um lado uma leitura mais aberta do sistema normativo, conforme defendido por suas bases teóricas, mostra-se perigosa diante dos possíveis – e não raros – arbítrios interpretativos dos juízes, por outro, a contenção a tais abusos encontra-se na proposição séria e constitucionalmente fundamentada de parâmetros/critérios a orientarem o intérprete no caso concreto. A dúvida que persiste, e que não pode de modo algum ser ignorada, é: até que ponto, de fato, nosso sistema jurídico-político dispõe de instrumentos capazes de fazer valer a “vontade” constitucional sobre a vontade dos juízes?

Na escola do direito civil-constitucional, capitaneada por autores como os italianos Stefano Rodotà e Pietro Perlingieri e, no Brasil, inaugurada com trabalhos de Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino no início dos anos 1990, a clássica (e já superada) dicotomia direito público *versus* direito privado, que orientava os rumos da dogmática em tempos não muito distantes, é substituída por uma dicotomia que leva em conta a qualidade da situação jurídica subjetiva, se patrimonial ou existencial, não desconsiderando a existência recorrente de situações subjetivas dúplices. E a primeira defesa que a autora faz dos bons costumes encontra-se justamente aí. A cláusula geral dos bons costumes teria seu âmbito de incidência em demandas que envolvessem a autonomia privada existencial, mostrando-se inadequada sua invocação em demandas afetas à órbita das situações jurídicas patrimoniais³, já instrumentalizadas por figuras jurídicas como ordem pública, boa-fé e função social.

A primeira grande tese que podemos destacar da obra de Thamis Dalsenter é, portanto, a de que a cláusula geral dos bons costumes, presente expressamente em

2. Em sua epígrafe lê-se: “A questão é saber se podemos obrigar as palavras a dizerem tantas coisas diferentes” (Lewis Carroll).
3. Em sentido oposto, examinando o art. 6. do Código Civil francês, Geneviève Pignarre inicia sua análise defendendo a existência de uma proximidade conceitual entre ordem pública e bons costumes, e, com base nos estudos de Ripert, a potencialidade da noção de bons costumes para fazer respeitar a lealdade na vida negocial, numa evidente aproximação com o sentido de boa-fé contratual. Textualmente, sustenta a autora que “A abertura geral da noção de bons costumes no campo econômico parece-nos poder contribuir da forma mais harmoniosa possível com a edificação de uma ‘nova ordem contratual’, fruto da mutação contratual e substancial que afeta o direito contemporâneo dos contratos”. No direito comparado, seguiriam a mesma lógica países como Alemanha e Áustria (PIGNARRE, Geneviève. O que resta dos bons costumes no direito dos contratos? “Quase nada ou quase tudo?” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Edição especial em homenagem à cooperação acadêmica UFRGS-França, p. 49-69, maio 2008, esp. p. 61).

cinco artigos do Código Civil de 2002,⁴ constitui um limite externo⁵ à autonomia privada de caráter existencial, reservando-se à autonomia patrimonial limites outros, muito bem abordados no capítulo segundo, no qual se promove uma detalhada distinção entre bons costumes e os demais institutos moralizadores do Código Civil, a saber: princípios gerais do direito, usos e costumes, ordem pública, função social (fim econômico ou social) e boa-fé. Conforme destacado à p. 130:

[...] diante do objetivo assumido neste livro, vale repetir, encontrar parâmetros concretos para a aplicação da cláusula geral de bons costumes à luz da Constituição Federal de 1988, é necessário iniciar a análise conceitual com uma delimitação negativa. Dito de outro modo, é preciso esclarecer o que não é bons costumes para, então, prosseguir com a sua descrição, tendo em vista que a principal tarefa após um longo período de negligência teórica é a afirmação da autonomia científica do instituto. Antes, porém, de promover a aludida distinção, indispensável para a comprovação de sua tese, a autora leva a efeito uma investigação teórica sobre a própria legitimidade de se impor intervenções jurídicas na esfera existencial dos sujeitos. Isso porque não se pode desconsiderar o risco de interpretações paternalistas desfigurarem o núcleo da dignidade humana, amparada que está na autonomia existencial. Consoante referido à p. 84 da obra:

[...] ao tomar como ponto de partida que a cláusula geral de bons costumes possui a função de limitar a autonomia privada existencial, é importante compreender quais intervenções jurídicas podem ser consideradas legítimas e quais serão ilegítimas de acordo com a legalidade constitucional. Essa análise sobre a legitimidade passa, necessariamente, por considerações acerca do caráter paternalista e do grau de paternalismo que uma restrição à autonomia pode apresentar.

Segundo a autora, exemplo de intervenção reconhecida como verdadeira expressão da força civilizatória do direito – portanto mais do que legítima de acordo com a legalidade constitucional – poderia ser encontrada na Lei Maria da Penha, ao contrário do que se verificaria, conforme seu entendimento, na proibição de fumar em ambientes fechados. Tal proibição, aponta, configuraria “limitação severa

4. Vejam-se: artigos 13, 187, 122, 1.336 e 1.638 do Código Civil brasileiro de 2002.

5. “Esse é o traço da autonomia privada patrimonial: ela sofre limitações internas, impostas pela boa-fé, pela função social e também pela ordem pública. Isso significa que em seu viés patrimonial, a autonomia não é protegida como um valor tutelado de per se, mas sim que só receberá a tutela se atender a interesses sociais relevantes. Já a autonomia existencial, como se verá adiante, não admite limites internos, eis que não é funcionalizada à realização de interesses alheios ao seu titular” (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, p. 51).

na autonomia privada” e, portanto, *paternalismo forte*⁶ (entendimento do qual, respeitosa e, ousamos discordar)⁷. No capítulo segundo, intitulado Estrutura e função da cláusula geral de bons costumes à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, inicialmente é detalhado seu uso tradicional como instrumento de controle dos comportamentos socialmente indesejados para, na sequência, fazer-se a distinção dos bons costumes com os institutos antes referidos.

Na realidade, a cláusula de bons costumes sempre funcionou como um dispositivo dotado de um grau desconfortável de abstração e talhado, por tal razão, para usos não democráticos. A diferença substancial entre os dispositivos sobre bons costumes que hoje se encontram no Código de 2002 e aqueles que figuravam na legislação de 1916 é, precisamente, a diversidade de funções de cada um deles.⁸

Nessa linha, há uma enfática defesa do papel autônomo da cláusula geral dos bons costumes levada a efeito nesse capítulo. Segundo a autora, a “chave capaz de esclarecer qual o alcance da noção de bons costumes no Código Civil de 2002” está na determinação de seu perfil funcional.

E quais seriam essas funções segundo a tese da autora? Thamís Dalsenter defende, de forma hábil, que se pode extrair dos bons costumes a mesma tripartição de funções atribuída à boa-fé objetiva. Ou seja, teria ela para as situações existenciais as mesmas funções que a boa-fé teria para as situações patrimoniais: a de criadora de deveres; a de cânone interpretativo; e a de limitadora de direitos subjetivos.

Como criadora de deveres, com base nas previsões normativas do Código Civil, indica a autora a existência de pelo menos oito deveres dela decorrentes: dever de cooperação, dever de cuidado, dever de manutenção do *status quo*, dever de oitiva, dever de não mercantilização, dever de não instrumentalização, dever de uso funcional da unidade habitacional, dever de colaboração deliberativa dos condôminos⁹. Verifica-se, da sua bem estruturada fundamentação, que toda a sua construção teórica encontra na lei e nos valores constitucionais o seu fio condutor, não havendo

-
6. Os conceitos de paternalismo forte e paternalismo fraco são abordados nas p. 81-102, no tópico *Paternalismo jurídico e projeto de livre desenvolvimento da personalidade*.
 7. Sobre o tema da responsabilização da indústria tabagista e das restrições a ela impostas tivemos a oportunidade de nos manifestar em, pelo menos, duas oportunidades: ANDREIS, Mônica; BARBOSA, Fernanda Nunes. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 63-81, 2012 e BARBOSA, Fernanda Nunes; JARDIM, Augusto Tanger. O Caso Engle e a repercussão da decisão da Suprema Corte da Flórida em casos envolvendo a responsabilidade civil da indústria tabagista (artigo no prelo).
 8. CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, p. 111-112.
 9. CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, p. 180.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*, de Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16. ano 5. p. 345-350. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2018.

espaço para criações arbitrárias como as que irrompem nas decisões judiciais. Outra dicotomia clássica que a obra, por suas bases teóricas antes referidas, abandona é a que se baseia nos conceitos de licitude e ilicitude para elevar a análise à questão da chamada *meritevolezza*, ou juízo de merecimento de tutela. A *meritevolezza* parte da confrontação entre o fato e a axiologia constitucional para determinar a melhor solução para o problema concreto, considerando que nem todo ato lícito será merecedor de tutela, mas apenas se e enquanto direcionado à realização e à promoção de valores constitucionais. Assim, os bons costumes serviriam como limite externo à autonomia privada existencial em hipóteses nas quais um juízo de merecimento de tutela do ato praticado fosse negativo, levando-se em conta, conforme defende a autora, a eficácia da situação jurídica e os valores constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Para tanto, no primeiro capítulo, intitulado Autonomia e paternalismo na legalidade constitucional: a teoria tríplice da autonomia existencial, é proposta uma categorização das situações subjetivas existenciais de acordo com a sua eficácia (e levando em conta os efeitos mediatos e imediatos do ato de autonomia existencial), a qual é retomada no capítulo segundo (p. 168-186) nos seguintes termos: a) atos de eficácia pessoal; b) atos de eficácia interpessoal e c) atos de eficácia social.

Elaborada a categorização proposta, alcançada após uma exaustiva investigação teórica sobre a legitimidade das intervenções jurídicas na esfera existencial a partir das diversas teorias do paternalismo, demonstra a autora, na sequência, que nos atos da primeira categoria (atos de autonomia de eficácia pessoal) não há legitimidade para a aplicação da cláusula geral dos bons costumes. Assim, apenas nos atos das duas categorias seguintes essa legitimação poderia ser encontrada. Nos atos de autonomia de eficácia interpessoal se admitiria, portanto, a incidência de bons costumes em concreto:

[...] porque, neste tipo de situação, as repercussões do ato de autonomia alcançam esferas jurídicas distintas daquela do titular da situação [...]. Trata-se de verdadeiro conflito de interesses, no qual caberá ao juiz, no caso concreto, realizar a correta ponderação, a fim de encontrar a fina medida para limitar a autonomia de forma adequada e razoável.¹⁰

Já nos atos de autonomia de eficácia social, por sua vez, admitir-se-ia, inclusive, a incidência de bons costumes em abstrato, diante das repercussões jurídicas negativas para a coletividade.

No capítulo final, considerando a categorização dos atos acima proposta e a necessidade de parâmetros para a intervenção judicial nos atos das categorias “b”

10. CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, p. 175.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*, de Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16. ano 5. p. 345-350. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2018.

e “c”, são apresentados os critérios para a interpretação da cláusula geral dos bons costumes como limite externo à autonomia privada. Assim, o terceiro e último capítulo do livro, *Interpretação da cláusula geral de bons costumes à luz da Constituição Federal de 1988*, analisa detalhadamente as hipóteses expressamente previstas no Código Civil: *i.* autonomia corporal (art. 13 do CCb), *ii.* abuso do direito (art. 187 do CCb), *iii.* autonomia e condições do negócio jurídico (art. 122 do CCb), *iv.* autonomia condominial e deveres do condômino (art. 1.336 do CCb) e *v.* autonomia familiar e limites ao poder familiar (art. 1.638 do CCb).

Para cada hipótese reconhece a autora a incidência dos deveres antes desvelados: dever de cooperação, dever de cuidado, dever de manutenção do *status quo*, dever de oitiva, dever de não mercantilização, dever de não instrumentalização, dever de uso funcional da unidade habitacional e dever de colaboração deliberativa dos condôminos.

Repleta de casos concretos que ilustram suas hipóteses, a tese que vem a público em muito extrapola o óbvio, trazendo, mais do que respostas, inquietações. Essa talvez seja sua maior virtude, que é quase um paradoxo com o seu objeto de análise. Outrora visto como instrumento de normalização de comportamentos, os bons costumes vêm agora costurados com o fio da pluralidade democrática, por meio das mãos de uma pesquisadora de grande talento e ousadia.
