**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Thamis Ávila Dalsenter Ronay

# Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil de 2002

Rio de Janeiro

2015

Thamis Ávila Dalsenter Ronay

# Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil de 2002

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R768 Ronay, Thamis Ávila Dalsenter

Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil de 2002 / Thamis Ávila Dalsenter Ronay. – 2015.
247f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes.
Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Bons costumes - Teses. 2. Paternalismo - Teses. 3. Autonomia privada- Teses. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Thamis Ávila Dalsenter Ronay

**Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil de 2002**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 13 de abril de 2015.

Banca Examinadora:

_____

Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Rose Melo Vencelau Meireles
Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dra. Caitlin Sampaio Mulholland

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

_____

Prof. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira.

Centro Universitário UNA

Rio de Janeiro

2015

# AGRADECIMENTOS

Esta tese é fruto das pesquisas desenvolvidas no doutorado em Direito Civil, defendida no ano de 2015, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, perante banca examinadora composta pelos professores Maria Celina Bodin de Moraes (orientadora), Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Caitlin Mulholland, Ana Carolina Brochado Teixeira e Rose Melo Vencelau.

Agradeço aos membros da banca pelas importantes contribuições feitas durante a defesa da tese, todas fundamentais para a elaboração desta obra.

À professora Maria Celina Bodin de Moraes, minha orientadora, agradeço por muito mais do que comportam essas breves linhas. Começo pelo exemplo de professora e pesquisadora e pela convivência, durante os últimos dez anos, com a sua generosidade acadêmica. Agradeço a amizade e o entusiasmo solidário que ela apresenta diante dos jovens pesquisadores, conjugando liberdade acadêmica e rigor científico, elementos fundamentais para tratar os dilemas existenciais na medida da pessoa humana.

Dentre os membros do corpo docente do programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Uerj, agradeço especialmente aos professores Carlos Edison do Rego Monteiro, Gisela Sampaio, Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza pela gentil acolhida, pelas indicações bibliográficas e pelos debates, dentro e fora da sala de aula, sobre os grandes temas do direito civil contemporâneo.

Ao professor Carlos Nelson Konder sou especialmente grata por ter me apresentado o direito civil voltado para a realização da pessoa humana e seus incontáveis dilemas da personalidade. Agradeço também por ter orientado meus primeiros passos na pesquisa científica, com rigor e incentivo constante, e por ter continuado ao meu lado nessa jornada durante parte do curso de doutorado. Ao Caíto agradeço a valiosa amizade de tantos anos e de todas as horas.

Na Uerj fui acolhida por um grupo muito especial de colegas apaixonados pelo direito civil, a quem agradeço especialmente os debates dentro e fora da sala de aula e a adorável companhia. Entre eles, não posso deixar de mencionar: Carlos Eduardo Guerra,

Daniel Bucar, Eduardo Nunes, Fernanda Nunes Barbosa, Fernanda Paes Leme, Milena Donato Oliva, Pablo Malheiros, Pablo Renteria, Paula Greco Bandeira, Pedro Marcos Nunes Barbosa, Rafael Esteves, Renata Vilela, Vanessa Sampaio, Vitor Almeida.

Na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio, meu lugar, onde posso compartilhar a minha paixão pelo direito civil nas aulas de graduação e de pós-graduação, gostaria de agradecer aos meus colegas e amigos do Departamento de Direito, que tornaram mais leve a escrita desta obra. Dentre eles, destaco: Aline Terra, Fábio Leite, Inês Alegria e Firly Nascimento. Ao Adriano Pilatti agradeço também a generosidade de me guiar na pesquisa sobre as Atas da Constituinte e disponibilizar o seu acervo para as minhas longas consultas. Ao Noel Struchiner e à Letícia Martel agradeço também as referências fundamentais sobre o paternalismo e a moralidade constitucional.

Agradeço a todos os meus alunos da PUC-Rio, com quem pude compartilhar muitas reflexões e angústias sobre bons costumes e tantas outras questões jurídicas difíceis que atormentam a formação dos futuros civilistas. Dentre eles, não posso deixar de mencionar a participação fundamental de alguns que, como pesquisadores, auxiliaram a pesquisa que resultou nesta obra: Rafael Albuquerque e Rodrigo Freitas.

Aos amigos e familiares que tanto contribuíram com momentos fundamentais de alegria, diversão e apoio emocional durante o período de realização desta obra, agradeço especialmente aos queridos Artur Brandão, Bernardo Medeiros, Cintia Muniz, Fernanda Vieira, Fernanda Zamith, Flávia Viveiros de Castro, Helena Colodetti, Janaína Matida, Jorge Chaloub, Juliana Bierrenbach, Luci Gomes, Manito Viveiros de Castro, Marcelo Lustosa, Maria Luiza Müller, Mariana Ávila, Martha Zanetti.

À Isabella Bottino devo agradecer, para além das risadas e da preciosa amizade, também a indicação de fontes bibliográficas que ajudaram a construir o perfil crítico desta obra.

Aos meus pais agradeço o amor incondicional, o primeiro exemplo de dignidade e solidariedade, a dedicação e o incentivo para que eu pudesse realizar as minhas escolhas existenciais. Agradeço especialmente à minha mãe, para além da melhor amizade, o apoio amoroso de todas as horas e dos incontáveis momentos em que, tão generosamente, deixou os seus próprios compromissos para me ajudar com o suporte necessário para escrever este livro. Sou grata por encontrar nela o meu exemplo de força, honestidade e

coragem. De fato, quem tem uma mãe como ela tem tudo! Sorte a minha ter nascido no meio de tanto amor.

Ao meu marido, João Pedro, agradeço o apoio incondicional e, sobretudo, por ser o amor presente em todas as horas, o melhor amigo e o meu grande companheiro. Sem ele, certamente, nada disso teria sido possível.

E, finalmente, o agradecimento mais especial. Sou grata ao Francisco, meu filho, por ser a minha grande inspiração para pensar o direito civil na medida da pessoa humana. Ao Chico, que é o verdadeiro sentido da minha vida, dedico este livro e todo o meu amor. Tudo é para te ver sorrir, meu menino.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

A questão é saber se podemos obrigar as palavras a dizerem
tantas coisas diferentes.

*Lewis Carroll*

# RESUMO

RONAY, Thamis Ávila Dalsenter. *Autonomia existencial na legalidade constitucional:* critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil de 2002. 2015. 247 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Busca-se com a presente tese a fixação de parâmetros para a interpretação da cláusula geral bons costumes no Código Civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. Para tanto, a releitura deste conceito de conteúdo indeterminado abrange a permanente tensão entre paternalismo e autonomia, observada sempre que se faz presente a intervenção estatal nas situações existenciais, e engloba a análise dos tipos de paternalismo jurídico, além da verificação de qual destes tipos seria mais adequado para servir de parâmetro de legitimidade nas demandas sobre autonomia extrapatrimonial. A investigação envolve também a especificação do campo de incidência dos bons costumes, a depender do tipo de situação jurídica subjetiva e dos efeitos que o ato de autonomia pode produzir nas esferas jurídicas alheias ao titular: situações de eficácia pessoal, situações de eficácia interpessoal e situações de eficácia social. Abrange também a delimitação do conceito de bons costumes como cláusula geral, e suas funções, inclusive a partir de uma delimitação negativa, mapeando as suas diferenças em relação a institutos afins, como boa-fé, ordem pública, função social e costume. Nesta tese, analisa-se também o papel criativo do magistrado na aplicação das cláusulas gerais, cujas reflexões servem para a verificação das cinco hipóteses concretas que apresentam previsão expressa do legislador para aplicação da cláusula geral de bons costumes, nas seguintes áreas: atos de disposição sobre o próprio corpo, negócio jurídico e seus elementos acidentais, abuso do direito, relações entre condôminos e relações familiares

Palavras-chave: bons costumes; paternalismo; autonomia privada; constitucionalização; dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

RONAY, Thamis Ávila Dalsenter. *Existential autonomy in constitutional legality:* criteria for interpreting the general clause of morality in the 2002 Brazilian Civil Code. 2015. 247 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Search up to the present thesis the interpretation of the general clause of morality in Brazilian Civil Code in the light of the 1988 Federal Constitution Therefore, the reading of this concept of undetermined content covers the permanent tension between paternalism and autonomy checked whenever is present the state legal intervention in existential situations, and includes the analysis of the types of legal paternalism and checking which of these types would be best suited to serve as a parameter in the legitimacy demands on off-balance sheet autonomy. The research also involves specifying the morality incidence field, depending on the type of subjective legal situation and the impact that the act of autonomy can have on people's legal spheres to the holder. It also covers the definition of the concept morality as a general clause, including from a negative delimitation, mapping their differences from related institutions such as good faith, public order, social function and custom. The theme also involves the assessment of five specific hypotheses that have express provision of the legislature for the application of the general clause in the following areas: acts of disposal of the body, legal business and its accidental elements, abuse of rights, relations between tenants and relationships family



Keywords: morality; paternalism; private autonomy; constitutionalisation; human dignity.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---|---|
| ABL | Academia Brasileira de Letras |
| ABDC | Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas |
| ABPITV | Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| AEPD | Agência Espanhola de Proteção de Dados |
| ANEL | Associação Nacional dos Editores de Livros |
| API | Associação Paulista de Imprensa |
| Art. | Artigo de Lei |
| BGH | Bundesgerichtshof – Tribunal Federal alemão |
| CCb | Código Civil brasileiro |
| CEDH | Corte Europeia de Direitos Humanos |
| CF | Constituição Federal da República Federativa do Brasil |
| DJ/DJe | Diário da Justiça Eletrônico |
| GG | Grundgesetz – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha) |
| HC | *Habeas Corpus* |
| IARA | Instituto de Advocacia Racial e Ambiental |
| IHGB | Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro |
| KWG | Lei Relativa aos Direitos Autorais sobre Belas-Artes e Fotografias na Alemanha |
| LDB | Lei de Diretrizes e Bases da Educação |
| MC-REF | Referendo na Medida Cautelar |
| PL | Projeto de Lei |
| PUC-Rio | Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro |
| Rcl. | Reclamação |
| SICAV | Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual |
| SNEL | Sindicato Nacional dos Editores de Livros |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TCF | Tribunal Constitucional Federal alemão |
| TJGO | Tribunal de Justiça do Estado de Goiás |
| TJMG | Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais |
| TJRJ | Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul |

| | |
|---|---|
| TJSE | Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe |
| TJSP | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |
| UBE | União Brasileira de Escritores |
| UE | União Europeia |
| UFRJ | Universidade Federal do Rio de Janeiro |

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO** ..... 13

1 **AUTONOMIA E PATERNALISMO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: ENTRE A LIBERDADE E A SOLIDARIEDADE** ..... 23

1.1 **Insuficiência do conceito tradicional de autonomia privada à luz da dignidade da pessoa humana** ..... 24

1.2 **Novos contornos da autonomia patrimonial: entre liberdade e solidariedade** ..... 36

1.3 **Autonomia privada existencial e o projeto de livre desenvolvimento da personalidade** ..... 42

1.3.1 A proteção da autonomia existencial e as situações jurídicas subjetivas de eficácia pessoal, de eficácia interpessoal e de eficácia social ..... 43

1.3.2 Paternalismo jurídico e projeto de livre desenvolvimento da personalidade ..... 64

2 **ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** ..... 82

2.1 **Bons costumes como instrumento tradicional de controle de comportamentos indesejados: a relevância da historicidade do instituto** ..... 83

2.2 **A cláusula geral de bons costumes e os demais institutos moralizadores do Código Civil** ..... 106

2.2.1 Estrutura das cláusulas gerais ..... 107

2.2.2 Uma grande confusão terminológica: bons costumes, princípios gerais do direito, usos e costumes ..... 111

2.2.2.1 Bons costumes e princípios gerais do direito ..... 111

2.2.2.2 Entre os bons costumes e os usos e costumes ..... 113

2.2.3 Bons costumes e ordem pública ..... 117

2.2.4 Bons costumes e função social (fim econômico ou social) ..... 123

2.2.5 Bons costumes e boa-fé ..... 133

2.3 **Conteúdo e função da cláusula geral de bons costumes: limites à autonomia privada existencial** ..... 138

3 **INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988** ..... 155

3.1 **O papel democrático do juiz diante do conflito entre autonomia existencial e paternalismo** ..... 156

3.1.1 O papel criativo do juiz - reflexos sobre a atividade judicial no contexto do neoconstitucionalismo ..... 156

3.1.2 A interpretação de cláusulas gerais de acordo com a metodologia civil-constitucional .. 166

3.2 **Critérios para a interpretação da cláusula geral de bons costumes nas hipóteses previstas expressamente pelo Código Civil de 2002** ..... 176

3.2.1 Autonomia corporal ..... 176

3.2.2 Abuso do direito ..... 191

3.2.3 Autonomia e condições no negócio jurídico ..... 202

3.2.4 Autonomia condominial e deveres do condômino ..... 212

3.2.5 Autonomia familiar e limites ao poder familiar ..... 217

**CONSIDERAÇÕES FINAIS** ..... 229

**REFERÊNCIAS** ..... 234

# INTRODUÇÃO

A produção normativa contemporânea é repleta de enunciados que versam sobre questões morais e que, exatamente por essa razão, não são de fácil aplicação concreta. O Código Civil brasileiro de 2002 possui diversos preceitos legais desse tipo, dentre os quais se destaca a noção de bons costumes, cujo enquadramento jurídico encontra obstáculos variados, a começar pela profunda carência de estudos científicos específicos sobre o tema.

A ausência de investigações científicas voltadas para a categoria de bons costumes como instituto autônomo é uma realidade já enfrentada antes por outros conceitos de conteúdo não determinado previamente pelo legislador, como ocorreu com a boa-fé e a função social. Como a experiência em tais situações indica, a principal tarefa após um longo período de negligência teórica é a afirmação da autonomia científica do instituto.[1] No caso dos bons costumes, isso significa analisar não só os seus aspectos estruturais, mas principalmente investigar quais funções específicas lhe podem ser atribuídas no contexto da legalidade constitucional democrática.

Tendo em vista esse raciocínio, parte-se da premissa de que a noção jurídica de bons costumes deve ser compreendida como uma cláusula geral prevista pelo Código Civil de 2002, que pode servir como importante instrumento de limitação da autonomia privada existencial, com função próxima daquela desempenhada pela boa-fé nas relações patrimoniais. As suas potencialidades para cumprir essa função, no entanto, são continuamente negligenciadas diante da ausência de parâmetros que orientem o intérprete no caso concreto – o que se verifica pelo habitual uso indevido do termo ou mesmo pela sua não utilização pelos tribunais.

Some-se ao problema da falta de parâmetros o fato de que a noção de bons costumes foi largamente utilizada durante os recentes regimes antidemocráticos

[1] Não foi outro o caminho enfrentado pela cláusula geral de boa-fé: depois de passar pela fase de ausência de conteúdo autônomo – quando era empregada juntamente com bons costumes – foi objeto de estudos que buscaram definir suas funções e, então, orientar a sua concretização material. A cláusula de boa-fé também sofreu dificuldades por se tratar de instituto cuja vaguidade da nomenclatura sempre remeteu a qualificações de difícil universalização ou mesmo conceituação – basta pensar mais detidamente sobre o que é um dever de confiança ou mesmo um princípio moral de veracidade. No entanto, o desafio bem-sucedido pela doutrina foi justamente encontrar parâmetros para que o julgamento do juiz fosse capaz de realizar no mais alto grau as potencialidades desta noção jurídica. Sobre esse ponto, ver, especialmente: NEGREIROS, Teresa *Fundamentos para uma interpretação constitucional da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. e MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Ed. Almedina, 2011, pp.1208-1209.

brasileiros. Os usos não democráticos do termo ligavam a ideia de bons costumes ao imperativo de normalização dos comportamentos sociais indesejados, pelo que este instituto moralizador foi um dos instrumentos jurídicos mais influentes na implementação de políticas públicas de interdição das liberdades privadas. É natural que esse passado ainda tão próximo gere uma atmosfera de receios e desconfianças sobre a utilização deste conceito no ambiente democrático atual.

Ainda que sejam fundados os temores que rondam a ideia de bons costumes e acabam desestimulando a sua aplicação, o fato é que esse tipo de categoria jurídica tradicional do direito civil demanda, urgentemente, a releitura de seu significado e do seu alcance à luz da ordem constitucional democrática. O contrário é que pode perpetuar esse cenário de inseguranças, já que, como instituto moralizador previsto expressamente pelo legislador de 2002, a noção de bons costumes que não esteja fortemente vinculada à Constituição Federal de 1988 se torna uma verdadeira carta branca nas mãos de intérpretes cuja visão continue embaçada pelos anseios autoritários de outrora.

Daí porque o objetivo central desta tese é verificar quais são os parâmetros que devem orientar o intérprete na aplicação concreta da cláusula geral dos bons costumes, tendo em vista a ordem de valores estabelecida pela Constituição da República de 1988, cujo fundamento axiológico decorre da proteção prioritária conferida à pessoa humana e suas necessidades existenciais. Para isso, há que se considerar também a importância de estabelecer o alcance deste instituto, limitando seu campo de incidência de acordo com os variados espaços reservados ao desenvolvimento da pessoa.

Para alcançar os objetivos propostos, não se pode ignorar que as dificuldades que envolvem o tema não são poucas, e decorrem de distintos fatores, ainda que se possa destacar dentre eles os problemas gerados por um desacordo permanente entre os teóricos que tratam dos limites de legitimidade e de legalidade das relações entre direito e moral, considerando o conteúdo ético que a cláusula de bons costumes implica.[2] Além disso, deve-se ter em mente que a verificação dos parâmetros que podem ser utilizados para uma interpretação constitucionalizada da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro deve enfrentar, necessariamente, o fato de que "sempre existem várias morais, vários sistemas éticos: as éticas profissionais, a ética da intimidade, as éticas

[2] MAIA, Antônio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ- Revista *Quaestio Iuris*, 2012. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br. Acesso em: 10.08.2013

grupais"[3] e que cada uma delas pode apresentar pontos de conflitos com diferentes tipos de normas.

Logo, não é de se espantar que a categoria jurídica dos bons costumes seja tradicionalmente reputada como conceito de impossível definição, de incontornável vaguidade e que, por isso mesmo, seja recorrentemente negligenciada diante do desenvolvimento teórico das demais cláusulas gerais existentes no Código Civil de 2002 – como ocorre, especialmente, com a boa-fé, a função social do contrato e a função social da propriedade.

No entanto, é preciso ressaltar que essas características, que induzem a um importante grau de incerteza, não são propriamente pontos fracos, mas, ao revés, constituem justamente o ponto alto da cláusula geral de bons costumes. Isso significa, consequentemente, que qualquer pretensão de definir aprioristicamente o conteúdo integral de uma cláusula geral será contrária à *ratio* desta técnica legislativa, cujo mérito maior está na indefinição do seu conteúdo por parte do legislador; fator que permite a constante atualização da lei pelo intérprete, além de uma maior influência dos princípios e valores constitucionais.[4]

De acordo com essa perspectiva, as cláusulas gerais fazem parte de um conjunto de "normas, técnicas e institutos integrantes de um sistema jurídico", configurando-se como técnica legislativa característica da segunda metade do século passado[5]. A adoção deste modelo legislativo se difundiu por outros ordenamentos[6/7], sendo utilizado como

---

[3] GIANOTTI, José Arthur. Moralidade pública e moralidade privada. In: NOVAES, Adauto (org). *Ética.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[4] A cláusula geral é técnica legislativa que foge ao modelo tradicional de regra jurídica, rompendo com a lógica subsuntiva que se revelou tão insuficiente diante da necessidade de aplicação direta dos ditames constitucionais nas relações privadas. Por meio das cláusulas gerais, realiza-se um dos principais pilares da metodologia civil-constitucional, que é justamente a necessidade de que todo instituto jurídico esteja fundamentado nos princípios constitucionais correlatos. A importância desse quadro é revelada no pensamento de Pietro Perlingieri, segundo o qual a "ampliação da noção de direito positivo e sua abertura em direção a noções e valores não literalmente e explicitamente subsuntos nos textos jurídicos permite a superação da técnica de subsunção e, em uma concepção unitária de realidade, a apresentação da relação dialética e de integração fato-norma de forma mais realista." PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 606.

[5] MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 28, n.112., out/dez. 1991, p. 19.

[6] ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 291.

[7] Esse modelo legislativo favorece o ativismo judicial, tendência bastante analisada pelos teóricos da Ciência Política e da Sociologia. No entanto, uma das mais interessantes contribuições às análises sobre o tema vem de um historiador português, António Manuel Hespanha, que buscou diferenciar o ativismo no Brasil de outras formas de protagonismo judicial que podem ser encontradas na Europa. Para o autor, destacam-se como traços característicos do ativismo europeu o tecnicismo e a preocupação com a padronização judicial, enquanto no Brasil há uma ligação com "o ciclo contemporâneo da cultura política pop latino-americana, social e politicamente comprometida, confiante nas virtualidades das formas

mecanismo capaz de suprir as insuficiências geradas pelas limitações práticas que são próprias do modelo de regras jurídicas de pouca ou nenhuma abertura semântica. No Código Civil brasileiro, a cláusula de bons costumes foi expressamente prevista em cinco ambientes distintos: direitos da personalidade, negócio jurídico, abuso do direito, direito dos condôminos e, finalmente, poderes familiares.

Para que a interpretação dessa cláusula seja tema de uma tese que tem como marco teórico o direito civil-constitucional, é preciso assumir como premissa que o fundamento de bons costumes não está na imposição de visões determinadas de mundo ou em particularismos diversos que, mesmo sendo eventualmente a expressão de uma convicção compartilhada pela maioria, não se coadunem com os preceitos constitucionais. Considerando que nem sempre a moralização do Direito se dá na direção da emancipação dos excluídos,[8] deve-se dispensar cuidado redobrado para avaliar quais são os valores dignos de tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

A interpretação constitucionalizada de um enunciado normativo como bons costumes é tarefa de alta complexidade, tendo em vista que a presença de diversos padrões morais[9] que podem e devem conviver num ambiente democrático. Em virtude do pluralismo democrático assumido pela Constituição Federal de 1988[10], tem-se a frequente ocorrência de desacordos morais razoáveis, ou seja, a possibilidade aparente de mais de um caminho legitimamente encontrado para a resolução de uma questão. Na realidade, em tais casos, o julgador poderia, a partir de premissas consideradas legítimas pelo ordenamento, chegar a mais de uma posição aparentemente cabível para decidir a questão.

Nas demandas que envolvem a autonomia privada existencial, o desacordo moral se dá usualmente em razão do conflito entre autonomia e paternalismo. Ambas as noções

---

civilizacionais aí emergentes". Cf. HESPANHA, Antonio Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008

[8] Cf. PERLINGIERI, Pietro *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim.*

[9] Como esclarece Ronald Dworkin, sobre os padrões éticos e os padrões morais, em ensaio sobre o conceito de vida boa, "Platão e Aristóteles tratavam da moralidade como um gênero da interpretação. Eles tentaram mostrar o verdadeiro caráter de cada uma das principais virtudes morais e políticas (tais como honra, responsabilidade cívica e justiça), primeiro relacionando umas às outras e, em seguida, aos amplos ideais éticos que seus tradutores resumem como 'felicidade' pessoal. Aqui, uso os termos 'ético' e 'moral' de um modo que pode parecer especial. Padrões morais prescrevem como nós devemos considerar os outros; padrões éticos, como nós mesmos devemos viver. A felicidade que Platão e Aristóteles invocaram deveria ser alcançada vivendo-se eticamente, e isto significava viver de acordo com princípios morais independentes". DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista Direito GV*. São Paulo: FGV, jul-dez 2011, p. 607.

[10] Uma análise aprofundada da questão pode ser encontrada em CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

decorrem de interpretações do princípio da dignidade da pessoa humana. A concepção paternalista varia em graus de intensidade e de modo geral engloba razões como a necessidade de proteção da pessoa contra ela mesma quando se trata de atos acráticos praticados por pessoas capazes,[11] proteção da pessoa despida temporariamente ou permanentemente de autonomia, atos de autonomia que impliquem efeitos na esfera jurídica de terceiros concretamente determinados – como acontece nas relações familiares – ou mesmo atos que podem gerar repercussão para pessoas indeterminadas. Independentemente das razões, entende-se como paternalista todo e qualquer ato de intervenção na autonomia privada. No entanto, é preciso verificar qual o grau de paternalismo[12] cabível para fundamentar a utilização da cláusula de bons costumes como limite à autonomia existencial.

Assume-se também como premissa que a tensão entre autonomia e paternalismo pode ser mais facilmente equacionada mediante a interpretação constitucionalizada da cláusula de bons costumes, o que, por sua vez, demanda um forte processo de verificação axiológica, que se dá concretamente por meio do que se convencionou chamar, na escola civil-constitucional, juízo de merecimento de tutela.[13] O juízo de merecimento de tutela – *meritevolezza*[14] - ultrapassa os limites estritos da clássica dicotomia lícito/ilícito, atrelando-se à noção de que a função exercida pelas categorias jurídicas de direito civil deve derivar do conteúdo axiológico constitucional.

Em outras palavras, afirma-se que a proteção conferida aos atos jurídicos depende da resposta afirmativa ao seguinte questionamento: os valores que embasam a prática do ato estão de acordo com a moralidade constitucional? Em suma, tanto os atos jurídicos quanto os institutos jurídicos de direito civil serão merecedores de tutela jurídica se for

---

[11] Sobre a prática de atos acráticos, explica Maria Celina BODIN DE MORAES que: "Embora sujeitos racionais e conscientes, podemos praticar, podemos praticar com intenção atos que podem ser avaliados como 'irracionais'. Tal irracionalidade, consciente e voluntária, confunde-se na realidade com a falta de razoabilidade objetiva (mas não subjetiva). A discussão filosófica em torno deste paradoxo da irracionalidade – sujeitos racionais podem agir conscientemente de forma vista como irracional (ou irrazoável) – é conhecida na história da filosofia como o problema da *acrasia* ou da fraqueza da vontade". BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 193

[12] Para uma análise do conflito entre paternalismo e autonomia, verificado especialmente nos artigos 11 e 21 do Código Civil, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: VIEIRA, José Ribas. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*?. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[13] Cf. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3 e ss.

[14] PERLINGIERI, Pietro *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 950

possível localizar na moralidade constitucional os seus correspectivos axiológicos.[15] Essa ideia de moralidade, por sua vez, é revelada a partir dos valores consagrados pela Constituição na forma de princípios jurídicos[16].

De acordo com a metodologia civil-constitucional, esse processo de análise da legitimidade[17] das intervenções estatais sobre a autonomia existencial deve considerar que a positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988[18] como um dos fundamentos da República (art. 1º, III) revela a opção constituinte pela função promocional do direito.[19] A partir daí, tem-se a primazia das situações existenciais na legalidade constitucional, o que gera, consequentemente, profundas mudanças no conceito tradicional de autonomia privada,[20] tornando necessário compreendê-lo para além da liberdade formal de declarar a vontade patrimonial.[21]

Também como decorrência direta desse raciocínio, o sujeito de direito abstrato – concebido de acordo com a igualdade formal e os valores tradicionais do voluntarismo e do individualismo – perdeu espaço para a uma visão mais complexa da pessoa e de suas necessidades. Cuida-se, agora, da pessoa e de suas circunstâncias, valorizando todas as peculiaridades que a diferenciam concretamente como sujeito livre e o vinculam à coletividade como sujeito único. Logo, esta renovada concepção jurídica do sujeito de direito determina a sua tutela em virtude do projeto de livre desenvolvimento pessoal, e não apenas de suas potencialidades patrimoniais

---

[15] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 92-93

[16] Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil. Editorial*. a. 2., n. 1., 2013. Disponível em: http://civilistica.com/utilidade-principios/. Último acesso em: 14.08.2013.

[17] Sobre a questão da legitimidade, central para a metodologia civil-constitucional, vale a transcrição dos esclarecimentos feitos por Pietro Perlingieri: "uma nítida distinção entre validade, legalidade e legitimidade da lei exige que o princípio de legalidade constitucional configure-se como garantia de sujeição aos valores fundantes do ordenamento jurídico. Portanto, o controle da legitimidade (...) compreende não apenas a lei, mas também os atos e atividades que são expressões da autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa." Perlingieri, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

[18] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[19] Cf.: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

[20] Sobre a diferença de tutela entre a autonomia existencial e a autonomia patrimonial, ver: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 190-191.

[21] Como ilustra Sarmento: "a consagração da liberdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vistas para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o compromisso de tutela promocional da pessoa de acordo com uma perspectiva emancipatória, segundo a qual a liberdade é pressuposto do projeto de desenvolvimento da personalidade.[22]Assim, as intervenções feitas na autonomia privada devem ser analisadas criticamente, a fim de refutar a lógica de um Estado excessivamente paternalista que pretende tomar decisões por seus filhos – sempre incapazes de reconhecer o que é o melhor – em busca de um Estado que reconheça a liberdade e autonomia de seus representados, tendo como objetivo inafastável a realização dos diversos planos de vida que certamente surgirão.[23]

Tendo isso em vista, é preciso salientar que a aplicação da cláusula de bons costumes em situações que versem sobre a autonomia existencial gera o aumento do ônus argumentativo do intérprete, justamente para que se torne possível fazer um controle das compreensões que podem ou não figurar como argumentos legítimos de acordo com a Constituição Federal de 1988. Dito de outro modo, para afastar arbitrariedades e evitar que o papel criativo do juiz se converta em decisionismo judicial, deve ser considerada a lógica segundo a qual os valores que informam as pré-compreensões e as compreensões[24] do intérprete só poderão ser incorporados à decisão se for possível encontrar o correspectivo axiológico na Constituição. Eis o controle efetivo do recurso à moralidade: garantir que a referência seja sempre, e obrigatoriamente, a moralidade constitucional.[25]

---

[22] Segundo Sarmento: "a consagração da liberdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vistas para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

[23] Sobre o tema, observa Maria Celina BODIN DE MORAES que: "Ordenamentos de tipo paternalista só são compatíveis com sociedades infantilizadas, tidas como irresponsáveis, ignorantes e inconsequentes, às quais em regra tudo deve ser proibido, ou regulado, podendo-se fazer apenas o que é expressamente permitido – princípio este que é próprio dos sistemas fascistas e, portanto, incompatível com sistemas democráticos. Ao paternalismo, contido na máxima segundo a qual 'as pessoas devem ser protegidas de si próprias', deve ser oposta a presunção que vigora nas sociedades democráticas: a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção." BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: VIEIRA, José Ribas. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*?. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 369-388

[24] Para aprofundar o tema das compreensões, ver, especialmente: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.13

[25] O termo é utilizado na defesa do positivismo inclusivo, sustentado por Wilfrid WALUCHOW, no sentido de adequar o positivismo jurídico ao constitucionalismo contemporâneo**.** Ver, sobre o autor e seus argumentos, especialmente: Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVIII, no. 2; *Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Para uma análise crítica do conceito elaborado pelo autor, ver, entre nós, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental.* 1. ed. - Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014

De acordo com essas considerações iniciais, o plano de trabalho da presente tese se divide em três capítulos, além de introdução e considerações finais.

O primeiro capítulo é dedicado à apresentação das premissas teóricas que orientam a pesquisa, e para isso será necessária uma incursão sobre a insuficiência da noção jurídica tradicional de autonomia privada e os novos contornos existenciais do instituto, diante da dignidade da pessoa humana como novo paradigma jurídico a orientar as relações privadas. A partir daí, busca-se delimitar o campo de incidência da cláusula de bons costumes, de modo que ela possa exercer seu papel democratizante das relações privadas por meio da limitação da autonomia privada existencial – tendo em vista o seu potencial para funcionar apenas como limite externo à liberdade. Essa consideração demanda, por seu turno, uma análise mais aprofundada sobre os efeitos gerados pelos atos de autonomia, a fim de verificar em quais situações seria legítimo recorrer à cláusula geral de bons costumes na sua função limitadora de direitos.

Para isso, o capítulo inaugural da tese apresenta um importante esquema teórico, no qual as situações jurídicas subjetivas existenciais – ou dúplices – podem ser categorizadas de acordo com a sua eficácia. Assim, ainda que como cláusula geral os bons costumes possam ser aplicados aos atos de autonomia existencial em geral, mesmo quando não há previsão legislativa expressa, é preciso restringir a sua aplicação àquelas situações subjetivas cujos efeitos repercutem negativamente na esfera jurídica de terceiros ou da coletividade, de modo que não se imponha a noção de bons costumes a situações que repercutem somente na esfera jurídica de seu titular.

Diante disso, propõe-se a seguinte classificação a partir da produção de efeitos diretos e imediatos dos atos de autonomia: (i) *situações de eficácia pessoal*, cujos efeitos jurídicos do ato de autonomia não alteram a esfera jurídica alheia de modo a representar lesão ou ameaça de lesão a direitos de outrem; (ii) *situações de eficácia interpessoal*, que ocorrem quando os efeitos gerados pelo ato de autonomia ultrapassam a esfera jurídica de seu titular e atingem pessoas que podem concretamente ser identificas provocando lesão ou ameaça de lesão a interesses juridicamente tutelados; e (iii) *situações de eficácia social*, configuradas quando os efeitos do ato de autonomia produzem lesão ou ameaça de lesão à coletividade, ou seja, a um número não identificado de pessoas. Esses conceitos são aclarados por uma importante varredura terminológica, feita com vistas em determinar o que pode ser considerado como efeito direto e imediato do exercício da autonomia existencial.

O segundo capítulo da tese se inicia com outra preocupação característica dos estudos desenvolvidos na escola de direito civil-constitucional, pelo que a primeira parte é dedicada à historicidade da categoria jurídica dos bons costumes, a fim de demonstrar os mecanismos que permitiram a consagração deste instituto como elemento moralizador a serviço de posições autoritárias na história recente do Brasil. Para tanto, foram analisados, inclusive, os debates legislativos que retiraram a noção de bons costumes da Constituição Federal de 1988, a partir dos registros encontrados nas atas da Assembleia Constituinte.

Em seguida, ainda no mesmo capítulo, são apresentados os contornos dos bons costumes como conceito autônomo, e para isso faz-se necessário delimitá-lo também negativamente, pelo que se optou por diferenciar a cláusula geral de bons costumes de outros elementos moralizadores e conceitos que são usualmente empregados como sinônimos de bons costumes, a saber: usos, costumes, princípios gerais do direito, ordem pública, boa-fé e função social. Feitas essas considerações sobre o que não significa bons costumes, segue-se para a caracterização positiva do conteúdo da cláusula geral de bons costumes, a partir de sua estrutura e da tríplice função que lhe é atribuída de acordo com a sua releitura à luz da Constituição Federal de 1988. Assim, consagra-se a noção de bons costumes como cláusula geral que impõe limites externos para o exercício da autonomia privada existencial, o que se concretiza a partir das suas funções específicas, vale dizer: (i) função geradora de deveres; (ii) função limitadora de direitos; e (iii) função de cânone interpretativo.

Diante das considerações apresentadas nos dois primeiros capítulos, parte-se para a última etapa da tese, na qual é apresentada a pertinência prática das premissas teóricas e da delimitação conceitual proposta nesta pesquisa, confirmando a hipótese inicial. Primeiro, o último capítulo se dedica à análise do papel criativo do juiz à luz do contexto neoconstitucionalista, de modo que se demonstra como o recurso às cláusulas gerais não implica decisionismo judicial, desde que o processo interpretativo que envolve valores esteja definitivamente ancorado na Constituição. A segunda etapa deste capítulo final é voltada para a comprovação da hipótese desta tese – de que a cláusula de bons costumes, relida à luz da Constituição Federal de 1988, pode assumir o papel de instrumento legítimo de efetivação dos valores constitucionais a partir da imposição de limites à autonomia privada existencial –, pelo que são analisados quais parâmetros específicos podem orientar o intérprete na aplicação concreta deste instituto moralizador.

Tendo isso em vista, ainda que todas as situações subjetivas existenciais possam sofrer a incidência desta cláusula, fez-se a opção metodológica de demonstrar a viabilidade desta tese tomando como exemplo as cinco situações nas quais o legislador de 2002 positivou expressamente a noção de bons costumes.[26] Assim, aproveitam-se as disposições codificadas para tornar mais claro como a cláusula de bons costumes deve ser aplicada ao ambiente das relações existenciais, especificamente sobre a autonomia corporal, a autonomia nos casos de abuso do direito, autonomia na imposição de condições aos negócios jurídicos, a autonomia condominial e a autonomia familiar

Este é o desafio desta tese.

[26] Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.
Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Art. 1.335. São direitos do condômino: IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.
Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

# 1
# Autonomia e paternalismo na legalidade constitucional: entre a liberdade e a solidariedade

> 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.[27]
>
> Stefano Rodotà

O capítulo inaugural desta tese tem uma dupla função metodológica. A primeira delas é a exposição das premissas teóricas que orientam a investigação central sobre o papel que a cláusula geral de bons costumes exerce nas relações privadas existenciais. Em decorrência da adoção da metodologia civil-constitucional e da transformação que os institutos clássicos de direito civil sofrem quando interpretados à luz da Constituição Federal de 1988, é igualmente função desta parte inicial da tese delimitar o campo de incidência da noção de bons costumes de acordo com a legalidade constitucional.

As primeiras considerações teóricas dizem respeito à insuficiência do conceito tradicional de autonomia privada desde que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser considerado vetor axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, a orientar também as relações jurídicas privadas. Como consequência, são apresentados em seguida os novos contornos da autonomia de cunho patrimonial, impostos pelo equilíbrio entre os princípios da liberdade e da solidariedade.

Feito isso, dispensa-se atenção especial aos fundamentos autonomia privada em seu viés existencial, partindo da reflexão sobre a proteção da liberdade em diferentes tipos de situações jurídicas subjetivas, classificadas em função de seus efeitos. Além disso, verifica-se como as intervenções sobre a autonomia privada podem ser enquadradas em

[27] Tradução livre do original: "La libera costruzione della personalità è formula che non implica la definizione di un'area riservata alle scelte individuali priva di ogni rapporto con la regola giuridica. Individua piuttosto uno strumento che rende possible l'autonomo perseguimento di una politica dell'identità personale." RODOTÀ, Stefano., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto,* p. 22.

diferentes tipos de paternalismo, alguns toleráveis e outros não, e como se dá a proteção do projeto de livre desenvolvimento da personalidade neste contexto.

## 1.1. Insuficiência do conceito tradicional de autonomia privada à luz da dignidade da pessoa humana.

As variadas dificuldades encontradas para estabelecer critérios que orientem a interpretação constitucionalizada da cláusula geral de bons costumes decorrem, principalmente, da permanente tensão entre a liberdade existencial e as intervenções legislativas que visam a limitá-la - e que, por isso, são usualmente consideradas paternalistas. O problema central que se coloca sobre esse conflito é antes de tudo uma questão sobre limites. Ou seja, de acordo com a legalidade constitucional, quais são os limites que podem ser legitimamente impostos pelos bons costumes para restringir a liberdade individual de cunho extrapatrimonial, que nas relações privadas recebe o nome de autonomia privada existencial?

Trata-se de tema de difícil desenvolvimento teórico, especialmente diante da insuficiência do conceito de autonomia que predominava no direito civil tradicional. Mas não só. O problema maior que se coloca sobre a utilização dos bons costumes diz respeito, antes, ao seu uso por um Estado paternalista, que "promove a vitória de um estranho *political correctness* e permite parodiar, seriamente, a dignidade humana sobre a égide do suposto bom gosto".[28] Não sem razão, a investigação teórica sobre o recurso aos bons costumes à luz da Constituição Federal de 1988 deve partir dos fundamentos da autonomia para, então, apresentar quais limites podem ser legitimamente impostos à liberdade, de modo a afastar um agir paternalista que não encontre amparo no valor da dignidade da pessoa humana como expressão de livre desenvolvimento da pessoa e de seus anseios existenciais.

Tendo isso em vista, torna-se necessário observar que o conceito de autonomia desenvolvido sob medida para os ideais oitocentistas estava alicerçado em um modelo jurídico essencialmente patrimonialista, que pouco ou nenhum espaço reservava para a tutela da pessoa em seus aspectos existenciais. Nesse ambiente, a autonomia privada

[28] FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito.* Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 320

patrimonial se consagrou como princípio fundamental e praticamente absoluto,[29] revelando todo o seu potencial para garantir juridicamente um sistema econômico de circulação de bens e acumulação de riquezas a salvo das ingerências estatais.

A configuração da autonomia como expressão dos valores norteadores da cultura jurídica dos séculos XVIII e XIV – com destaque para o individualismo, o voluntarismo e o patrimonialismo[30] - só foi possível em razão da *summa divisio* direito público e direito privado. O mecanismo de ação da autonomia privada, àquela altura melhor caracterizada pelo termo autonomia individual[31], era potencializado face à tímida e insuficiente intervenção do Estado nas relações privadas. A expansão da autonomia privada patrimonial foi garantida, sobretudo, por um modelo administrativo de direito público que operava sob reserva de intervenção,[32] e por um direito privado cujas estruturas tradicionais se voltavam para a garantia de uma liberdade ligada ao "poder de regular situações jurídicas especialmente patrimoniais: ela se torna liberdade econômica que postula a economia de mercado e a livre concorrência."[33]

Em função do predomínio da dimensão patrimonial, o exercício da autonomia dava-se em razão e na medida da capacidade de movimentação de patrimônio dos sujeitos, de modo a assegurar a base jurídica requerida pelo modelo de produção capitalista:[34] à categoria dos proprietários era reconhecida a vontade como poder absoluto sobre as relações patrimoniais, ao mesmo tempo em que se tornava possível a venda da força de trabalho daqueles que não gozavam da propriedade tradicional, mas que, no entanto, possuíam autonomia para negociar o direito sobre si mesmos.[35]

---

[29] Isso porque, de acordo com Gustavo Tepedino, tratava-se de "princípio absoluto e pré-jurídico, suscetível de restrições exclusivamente externas e pontuais de acordo com reserva legal." TEPEDINO, Gustavo. *Velhos e novos mitos na teoria da interpretação.* Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, - RTDC, n. 28, 2006.

[30] Cf. SILVA, Denis Franco ressalta a liberdade como um conceito negativo: O Principio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139

[31] O termo autonomia individual se refere ao viés subjetivo, psicológico, que consagrava a liberdade dos privados como elemento de concretização do individualismo jurídico. Já a autonomia privada, por sua vez, é nomenclatura que se dirige ao aspecto objetivo da liberdade, pelo que se expressa na manifestação de vontade e seus efeitos jurídicos. Para uma análise aprofundada desta terminologia, v. especialmente, MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63 e ss.

[32] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade,* v. II, 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.p. 132.

[33] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 339.

[34] A esse respeito, ver: POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder e o Socialismo*, 4ª ed. São Paulo: Graal, 2000.p. 101.

[35] O direito sobre si mesmo ou a propriedade originária nas palavras de Adam Smith: "A propriedade que cada homem tem no seu próprio trabalho é a fonte original de toda outra propriedade, e por isso mais

Tratava-se, pois, de uma liberdade ligada não à ideia de pessoa concretamente identificada, mas tão somente à construção abstrata capaz de definir a todos como sujeitos de direito e, por conseguinte, formalmente livres e igualmente possuidores de direitos e deveres. Nesse contexto, o direito tornou-se cego para as singularidades que tornam o sujeito único em sua existência, a pretexto de combater qualquer tipo de tratamento desigual. Consoante a dinâmica de igualdade formal que orientou a produção jurídica burguesa, a personalidade tomada apenas como atributo e não como valor em si representava o ideal do projeto emancipatório da racionalidade iluminista.

Dito de outro modo, o sujeito não era considerado em sua singularidade, mas, ao contrário, era igualado na letra da lei, de tal forma que as variáveis que o tornavam singular e único no contexto social eram desconhecidas e ignoradas pelo direito. Como observam Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo PIANOVSKI, o discurso predominante na construção do direito privado moderno "culminou na racionalidade que fez a dignidade da pessoa ser sobrepujada pelo patrimonialismo e pelo conceitualismo".[36]

Tal esquema desaguou em uma realidade de hiperindividualismo, já que o sujeito de direito não foi capaz de reconhecer o outro em condição de reciprocidade. Ao contrário, assumiu uma postura predatória que lhe era assegurada juridicamente pela abstração formal da lei burguesa, na qual os valores tutelados passavam longe dos laços sociais de solidariedade e fraternidade, restringindo-se à vontade como alicerce de uma ordem social composta, pretensamente, de homens livres e iguais. E dentro deste ideal jurídico, marcadamente patrimonialista, a pessoa humana e suas demandas existenciais eram juridicamente ignoradas, não havendo espaço para garantia de desenvolvimento pessoal de acordo com a dignidade inerente a todos os homens. Por tais razões, a autonomia existencial manteve-se à sombra da autonomia patrimonial para o direito civil oitocentista.

Considerando que a noção abstrata sujeito racional solitário[37] não se sustentou, as transformações jurídicas ocorridas no curso do século XX impuseram a releitura da

---

sagrada e inviolável. O patrimônio de um homem pobre consiste na força e destreza das suas mãos; e impedi-lo de aplicar a sua força e destreza da maneira que ele acha mais apropriada, sem lesão do seu vizinho, é uma pura violação desta mais sagrada propriedade. É uma intromissão na justa liberdade quer do trabalhador quer daqueles que poderia estar dispostos a empregá-lo PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1962, p.9.

[36] FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC,* vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119.

[37] Como salienta Gisele Cittadino, "É bem verdade que historicamente a ficção do sujeito independente foi utilizada, especialmente do ponto de vista da política e como via de emancipação dos indivíduos das formas de dominação tradicionais. Neste sentido, esta ficção tinha o objetivo de legitimar uma certa ideia de

clássica autonomia para vinculá-la definitivamente à noção de proteção integral da dignidade da pessoa humana.[38]

Embora seja relativamente recente seu reconhecimento como princípio jurídico,[39] a noção de dignidade humana como valor inerente de cada indivíduo tem origem no Cristianismo,[40] de acordo com o postulado de que todos os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus. Contudo, foram os processos de racionalização e dessacralização ocorridos durante os séculos XVII e XVIII que possibilitaram a construção kantiana de dignidade fundamentada na autonomia ética do ser humano.[41] Tratou-se, então, de uma autonomia limitada não só pela proibição externa de coisificação da pessoa, mas também pela determinação de que o próprio homem não pode tratar a si mesmo como objeto.[42] Isso significa que a dignidade humana seria imune às ações de terceiros e de seu próprio titular, de modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeito possa impor um agir considerado, racionalmente, como regra universal.[43]

---

individualidade frente a qualquer tipo de coletivismo "natural" (...) A ficção do sujeito pré-político agora dá lugar a considerações acerca das relações que se estabelecem entre os indivíduos ...ou de outra forma à intersubjetividade. O sujeito racional solitário está morto e são os valores culturais, os mundos plurais, as diversas concepções sobre a vida digna os temas com os quais se defronta a filosofia política contemporânea." CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 76.

[38] Em síntese de Maria Celina Bodin de Moraes: "Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a ideia de que todos são iguais e, porque "filhos do mesmo Pai", deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. *Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis*" (grifou-se). BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências, *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, pp. 47-78.

[39] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1994, p.225.

[40] De modo diverso, a dignidade humana na Antiguidade Clássica estava atrelada à "posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma qualificação ou modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas". SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

[41] Comum neste ponto uma crítica ao antropocentrismo da concepção kantiana da dignidade fundada essencialmente na razão. Como exemplo da pertinência desta crítica, tem-se a questão do meio ambiente, pressuposto para uma vida digna, que passa a ter papel de protagonista no debate atual e que não se enquadraria no conceito de dignidade e, portanto, não mereceria a mesma proteção. Por todos ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.35.

[42] Sobre a evolução da noção de dignidade da pessoa humana, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

[43] KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, *passim.*

Os postulados kantianos consolidaram-se juridicamente com a transformação da dignidade em valor jurídico fundamental e em novo paradigma de tutela da pessoa humana, em virtude das graves crises econômicas que mitigaram a política liberal de não intervencionismo estatal e, principalmente, em razão dos esforços internacionais empreendidos para superação das conseqüências nefastas da Segunda Guerra Mundial.[44] A *era Hitler*, lembrada precipuamente pelas atrocidades, torturas e experimentos com seres humanos cometidos durante o regime nazista, que resultaram no extermínio de milhões de pessoas, estabeleceu-se como um marco das violações aos direitos humanos.[45] Ao cenário mundial do pós-guerra foram impostas, através da mobilização da comunidade internacional, as tarefas de reconstrução dos direitos humanos e de criação de sistemas referenciais de proteção da pessoa, buscando neutralizar quaisquer raízes do legado hitlerista.[46]

Surgiram, assim, variados instrumentos de proteção gerais e regionais que assentaram o caráter universal da dignidade. Uma das mais emblemáticas declarações de direitos humanos, a Declaração Universal da ONU de 1948, consigna em seu artigo 1º "*que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade".* E desde então a ideia de dignidade inerente ao homem estará presente[47] em todos os

---

[44] Em síntese de Maria Celina Bodin de Moraes: "Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a ideia de que todos são iguais e, porque "filhos do mesmo Pai", deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. *Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis*" (grifou-se). BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências, in *Revista dos Tribunais*, pp. 47-78.

[45] Assim, Canotilho observa que é em face das experiências históricas de violação da natureza própria de pessoa, como ocorre em regimes totalitários, que a dignidade da pessoa humana ganha sentido republicano, ou seja, impõe que o sujeito seja reconhecido como limite e fundamento da República. Além disso, o princípio da dignidade permitirá assenta a ideia de pluralismo, através de uma configuração constitucional inclusiva, de onde se extrai a harmonia entre o indivíduo e a coletividade através do respeito à diversidade multicultural. CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1994, p.225.

[46] Para tanto, fez-se necessário relativizar a noção de soberania absoluta, a partir da constatação da necessidade de que os sujeitos pudessem gozar de proteção no plano internacional, rompendo-se, assim, com a lógica segundo "a forma em que o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania*".* PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 19.

[47] Nesse mesmo sentido, tem-se a Constituição italiana de 1947, que consignou que "*todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei*"; a Lei Fundamental de Bonn, 1949, que seria o primeiro diploma a colocar a dignidade da pessoa humana "em termos mais incisivos": art. 1, 1 – *A dignidade do*

diplomas, tratados, convenções, assim como na maioria das cartas constitucionais de Estados democráticos.[48]

Tais elaborações foram incorporadas à teoria jurídica através das diretrizes adotadas pela Teoria Constitucional que, após a Segunda Guerra Mundial, inaugurou a construção principiológica como um dos braços fortes de um modelo de Estado Democrático de Direito[49] alicerçado nos direitos fundamentais. Assim, dentro do novo contexto de estima aos princípios[50], a dignidade da pessoa humana[51], antes restrita às

---

*homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais*; a Constituição portuguesa de 1976, que coloca a Portugal como uma República "*baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular [...]*", seguindo a mesma linha a Constituição espanhola de 1978. Também a União Européia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consigna a inviolabilidade, o respeito e a proteção à dignidade do ser humano. Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Dignidade Humana. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

[48] Com o mesmo intuito protetivo, houve inúmeras tentativas de regulação ética e jurídica acerca dos limites do progresso científico da biomedicina e da biotecnologia que se desdobram em diversos diplomas contemporâneos sob essa influência. Assim: as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas, de 1982; a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano com respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, de 1997. Merecem destaque, ainda, a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo de 1996, revisada em 1998); a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997; as Resoluções nº. 196/96 e 303/00 do Conselho Nacional de Saúde, além da Lei de Biossegurança, nº. 11.105 de 2005 e suas diretrizes que englobam desde a questão dos transgênicos até a regulamentação das técnicas de reprodução assistida.

[49] Sobre o modelo adotado: "o Estado Democrático de Direito, tem a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade". STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

[50] Como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes: "Nos países da família romano-germânica, o ambiente por excelência dos princípios jurídicos é, evidentemente, o texto constitucional. Mais: configurando o Direito um conjunto de valores orientados à determinação do viver em sociedade, não há, em qualquer ordenamento, um único princípio, mas sempre uma pluralidade deles, os quais, dialeticamente, devem ser combinados em relações de reciprocidade e de diferença. Por outro lado, cada regra pode, e deve, ser referida a um ou mais princípios, constituindo-se, dada a unidade do ordenamento jurídico, num modo de realização de algum princípio. O princípio conecta normalmente uma série de regras e, unificando-as na referência comum ao valor nele contido, a elas atribui sentido e direção." BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil. Editorial*. a. 2., n. 1., 2013. Disponível em: http://civilistica.com/utilidade-principios/. Último acesso em: 14.08.2013.

[51] Écio Oto destaca que "a extensão epistêmico-normativa e conceitual do princípio da da dignidade da pessoa humana – o qual requeria a real estruturação democrática do próprio Estado – imprimirá a necessidade de institucionalizar a proteção de direitos pós-materiais, os quais serão garantidos afora a partir de uma fórmula política de Estado concebida como Estado Democrático de Direito". DUARTE, Écio Oto Ramos. Neconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Suzanna e DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição* . São Paulo, Landy Editora, 2006, p.23.

indagações de natureza ética e filosófica, passou a ocupar, definitivamente, papel central no debate jurídico contemporâneo.[52]

Consequentemente, inúmeros esforços foram empenhados no sentido de conferir um conteúdo concreto à dignidade, assim como para delimitar seus limites e sua aplicabilidade. Sobre a fixação conceitual, contudo, o único consenso possível se faz acerca de sua natureza aberta. Isto porque a dignidade processa-se, além de por todos os âmbitos da vida, por todos os campos do direito. Ela informa a ordem jurídica como um todo e, assim, qualquer tentativa positiva de conceituação da dignidade jamais pode carregar a pretensão de exaurir as suas possibilidades de proteção e violação.

Há casos em que a dignidade é explicitamente desrespeitada, como o registro histórico dos regimes totalitários permite afirmar.[53] Evidentemente, atualmente é possível definir em abstrato que atrocidades como aquelas cometidas durante o regime nazista

---

[52] Acentuando a importância e a repercussão do conteúdo valorativo da dignidade humana, Cristina Queiroz assevera que não se trata de um conceito vazio de conteúdo, "não pode nem deve ser tomado como pura abstração epistemológica de fundamentação de um sistema asséptico e pretensamente neutro. Um conceito que se apresenta, simultaneamente, como norma fundamental e direito fundamental, numa palavra, como compromisso fundamental do Estado*".* QUEIROZ, Cristina., *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 21.

[53] Exemplo de situação concreta de aviltamento da dignidade da pessoa está nos casos de prática de tortura: "(...) O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o do respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática (...). Ora, seja em virtude da dor física, seja em decorrência do sofrimento psicológico, a Autora foi exposta a situações extremas, para se dizer o mínimo. Negar o direito à indenização em hipóteses como as dos autos é fechar os olhos diante do óbvio, é prestigiar o ilegal, o ilícito, o clandestino, é furtar ao Judiciário o seu papel de guardião da ordem jurídica e dos valores por ela consagrados. STJ, REsp.475625/PR; Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado em 20.03.2006. No mesmo sentido: "Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Perseguição, prisão e tortura por motivos políticos. Imprescritibilidade. Dignidade da pessoa humana. Inaplicabilidade do art. 1.º do decreto n.º 20.910/32.", de onde se extrai: "*A violação aos* direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.".STJ, REsp n.º 379.414/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, publicado em 17/02/2003. Finalmente, merece destaque o trecho contido no relatório do HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, julgado pelo STF e publicado em 13/08/2001, onde se *verifica* "A tortura como prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ignominioso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo (...). Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

alemão, por exemplo, constituem grave violação à dignidade e, portanto, não devem ser toleradas. Esta relativa facilidade[54] para categorizar condutas que ferem a noção de ser humano como a medida de todas as coisas não abarca, contudo, todas as hipóteses de observância do princípio.

Assim, verificar e avaliar a violação em situações sutis – ou porque são efetivamente veladas ou porque demandam um juízo por demais subjetivo – só se torna possível a partir da revelação de seus contornos e nuances, somente observadas se consideradas no plano concreto, e não a partir da abstração conceitual da norma jurídica. Portanto, a definição de dignidade encontra obstáculos de diversas naturezas e nos mais variados campos do conhecimento e algumas das maiores dificuldades ocorrem principalmente pela polissemia, vaguidade, porosidade do conceito.[55] Todavia, Maria Celina Bodin de Moraes, na tarefa de extrair o substrato material da dignidade, fornece um importante esquema teórico segundo o qual:

> O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica - , da liberdade e da solidariedade. [56]

---

[54] Relativa porque é preciso ressaltar alguns casos que insistem em desconsiderar óbvias violações do princípio da dignidade. Habitualmente, é nas situações que envolvem um desacordo razoável que se observa maior problema de enquadramento de condutas como violadoras da dignidade. Outras vezes, menos frequentes, porém muito mais danosas à legalidade constitucional, verifica-se a completa falta de razoabilidade jurídica para afastar a incidência do princípio, como se extrai da seguinte decisão no âmbito da Justiça do Trabalho, sobre o transporte de pessoas junto com animais, em meio a fezes de suínos e bovinos: Ementa: danos morais. Transporte inadequado. Ausência de ofensa à dignidade humana. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto ao transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. **Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos).** (grifou-se). TRT/MG, 7ª Turma, RO 484/03, Juiz Relator Juiz Milton V Thibau de Almeida Data de j: 15.03.2003. DJ: 25.03.2003. 25/03/2003.

[55] Assim prescreve SARLET: "No caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.) mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa". sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.60.

[56] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional do dano moral*, p.85.

Verifica-se a partir desses postulados que a autonomia não pode ser considerada em abstrato, como outrora se afirmava a soberana liberdade do *homo clausus,*[57]mas sim a partir da constatação de que a existência individual só se desenvolve livremente a partir da coexistência, isto é, "*o indivíduo existe enquanto em relação com os outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo*".[58]

Por essa razão, a autonomia que se desdobra do princípio da dignidade da pessoa humana demanda que o projeto de livre desenvolvimento pessoal seja concebido a partir da relação entre o sujeito e os demais interesses que decorrem da sua relação com os outros sujeitos e com a comunidade em geral. Desta maneira, a função da autonomia, em um ambiente que assume como prioritária a proteção da pessoa, não mais se dirige à segurança de uma vontade individual exercida indiscriminadamente.[59] A autonomia, atualmente, cumpre o papel de guiar as relações sociais de tal modo que o reconhecimento recíproco da condição de sujeitos torne possível que a sociedade goze democraticamente de esferas autônomas de desenvolvimento pessoal.

Dessa dimensão intersubjetiva da liberdade, depreende-se a relevância da solidariedade como valor jurídico e como um dos objetivos da República.[60] Trata-se de princípio capaz de realocar o indivíduo no centro do ordenamento jurídico sem, contudo, retomar os passos anteriores que conduziram ao estatuto do indivíduo patrimonial.[61] A solidariedade é concebida, assim, sob duplo viés.[62] O primeiro, da solidariedade objetiva, encontra razão e fundamento na coexistência; enquanto o segundo, da solidariedade como valor, refere-se diretamente à lógica da reciprocidade, ou seja, de respeito à esfera jurídica

---

[57] Essa concepção tomava o "homem como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha". BODIN DE MORAES, Maria Celina. Princípio da Solidariedade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.240

[58] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Princípio da Solidariedade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.240

[59] Na síntese de Pietro Perlingieri, a autonomia privada era vista como autodeterminação, autoregulamentação, poder da vontade. Entretanto, esclarece o autor, por trás do fascínio desta fórmula estava o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas das forças mercantis. Conclui Perlingieri que se for necessário definir autonomia, deve-se considerar que esta diz respeito ao poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 334 e ss.

[60] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifou-se).

[61] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 81 e ss.

[62]BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Solidariedade. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 161.

alheia do mesmo modo que se respeita a própria, em consideração ao sentido de igualdade formal e material.[63]

Decorre daí que a as constituições solidaristas[64] do pós-guerra inovaram na tutela das necessidades existenciais, conferindo garantias frente ao Estado e os demais membros da sociedade, sob a rubrica das invioláveis liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, a liberdades de crença, as liberdades civis, as liberdades políticas, dentre outras,[65] ao mesmo tempo em que determinaram a solidariedade como código imperativo das relações patrimoniais.[66/67]

No plano jurídico nacional, essa tendência que determina a tutela da pessoa humana como a função primordial do Direito foi consolidada na Constituição Federal de 1988, consoante os moldes constitucionais contemporâneos de absorção dos valores. Concebida sob os anseios de uma sociedade que então se abria para a transição democrática, a Carta Constitucional deu início a uma nova era humanitária, assumindo o compromisso expresso de realização e efetivação da igualdade e liberdade, sendo esta tão cara diante do regime político ditatorial anterior.

Assim, a dignidade da pessoa humana foi assentada na Magna Carta com status de um dos fundamentos da República, ao lado da cidadania, da soberania, do pluralismo político e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.[68] Neste contexto, a dignidade configura-se como cláusula geral de tutela e promoção da personalidade,[69] geradora de deveres positivos e negativos, a qual pressupõe que a pessoa seja concebida a partir de uma reflexão multidisciplinar. Isto é, a dignidade, no papel de princípio unificador do ordenamento jurídico, impõe que o olhar dirigido à pessoa seja capaz de

---

[63] SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 231.

[64] Cf. SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: souza neto, Cláudio Pereira de, sarmento, Daniel e binenbojm, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.13

[65] Estão previstas, por exemplo, no amplo rol de garantias do art. 5, caput e seus incisos, da Constituição Federal de 1988.

[66] Nesta mesma linha de raciocínio, destaca-se o enunciado 414 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CJF nos dias 9,10 e 11 de novembro de 2011, que salienta a relevância do princípio da solidariedade e sua aplicação a todos os ramos do direito civil: "414 - 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito."

[67] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 17, 35- 37.

[68] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

[69] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil,* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.20.

englobar a integralidade do indivíduo, levando-se em conta o contexto social, econômico e cultural e as necessidades físicas e psíquicas de cada sujeito.[70]

Consequentemente, o sujeito de direito - antes abstratamente considerado de acordo com a lógica tradicional segundo a qual era importante definir e tutelar as pessoas como sujeitos que detêm coisas sobre as quais lhe são asseguradas toda sorte de prerrogativas proprietárias – perde espaço para a pessoa concretamente identificada no seio das relações jurídicas, nas quais será tutelada em virtude do valor dignidade e não apenas de suas potencialidades patrimoniais.

Em decorrência desse quadro, a própria função do direito se transformou, deixando de ser essencialmente repressiva para se tornar efetivamente promocional, pelo que a intervenção do Estado com vistas à proteção da pessoa é desejada em qualquer ambiente, público ou privado.[71] E essa perspectiva promocional atribuída ao direito se desenvolve assentada na premissa de que as relações patrimoniais são condicionadas à realização de interesses existenciais, sendo certo que a esses últimos é conferida acertada primazia no esquema de proteção constitucional.

Essa nova equação que estabelece o condicionamento do ter ao ser decorre da opção constituinte, se irradia por toda a normativa infraconstitucional e determina a repersonalização ou despatrimonialização do direito civil. De acordo com Pietro PERLINGIERI, despatrimonializar representa uma tendência que coloca o personalismo[72],

---

[70] Aprofundando o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar: 2002; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Princípio da Dignidade Humana*. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

[71] Nos últimos dois séculos de profundas mudanças paradigmáticas no contexto político, social e econômico, a própria função do direito também se transformou, deixando de ser essencialmente repressiva para se tornar efetivamente promocional. E essa perspectiva promocional atribuída ao direito se desenvolve assentada na premissa de que as relações patrimonais são condicionadas à realização de interesses existenciais, sendo certo que a esses últimos é conferida acertada primazia no esquema de proteção constitucional. Para uma análise detalhada dessa transição funcional no direito, Para uma análise detalhada dessa transição funcional no direito, v. por todos: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

[72] Como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, "A incorporação dos valores personalistas à aplicação do direito civil impede a sua aplicação tecnicista e conservadora em decorrência do movimento de despatrimonialização do direito civil. Este movimento, por ser guiado (rectius, imposto) pelas normas constitucionais, deve prevalecer sobre a aplicação lógico-mecânica dos institutos clássicos ("romanistas") do direito civil, sob pena de preponderar uma alegada racionalidade técnica e científica (embora mascaradamente política) sobre o princípio da democracia constituinte." BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. **Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil**. a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/utilidade-principios/

como superação do individualismo que orientou a produção jurídica liberal, em equilíbrio com o patrimonialismo, rompendo com a posição de supremacia antes ocupada por este.[73]

Cumpre salientar que despatrimonializar não significa esvaziar a carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais, mas sim de funcionalizá-la de modo que sejam asseguradas as condições materiais para o desenvolvimento da personalidade. O perfeito equilíbrio desta nova equação depende de uma troca essencial de papéis: a patrimonialidade deixa de ser um valor em si mesmo, passando a ser um instrumento para a realização dos interesses pessoais e sociais, de tal maneira que o personalismo[74] assuma o lugar de valor fundamental de todo o ordenamento jurídico.[75]

Diante da nova hierarquia de valores, operou-se uma "transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais".[76] Esta nova *divisio* representa, por sua vez, o antídoto para a antiga divisão entre o público e o privado: a necessidade de disciplinas diferenciadas com relação à tutela das liberdades,[77] segundo seu campo de incidência, que sejam capazes de promover a existência ao mesmo tempo em que garantem a coexistência. Diante disso, como indica Pietro PERLINGIERI:

> A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas,

---

[73] De acordo com Pietro Perlingieri, "com o termo, certamente não elegante, 'despatrimonialização', individua-se em tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33.

[74] "No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; o marxismo, recusado na sua integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substância humanista de liberação social". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999p. 36.

[75] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p 121 – 122.

[76] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 167-175.

[77] A esse respeito, observa Gustavo Tepedino que tal distinção "deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores" TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil,* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.20.

> sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa.[78]

Diante do contexto apresentado, de primazia axiológica da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, torna-se necessário compreender as distintas possibilidades de tutela jurídica da liberdade individual diante dos diferentes tipos de autonomia, a patrimonial e a extrapatrimonial ou existencial.

## 1.2. Novos contornos da autonomia patrimonial: entre liberdade e solidariedade

Considerando que a Constituição Federal de 1988 promoveu o giro axiológico que estabeleceu a preferência das situações existenciais[79] sobre aquelas patrimoniais,[80] é lícito afirmar que a pessoa passa a ser definida como o vértice da pirâmide normativa, razão pela qual a proteção da autonomia privada patrimonial é necessariamente condicionada à finalidade de proteção e promoção da pessoa humana[81], considerada sob a perspectiva da coexistência, e não só da existência.[82] Assim, a autonomia patrimonial, compreendida

---

[78] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 275-276.

[79] No entanto, é preciso compreender criticamente a natureza dessa tutela diferenciada para situações existenciais. Como esclarece Rose M. V. Meireles, "A tutela da autonomia privada nas situações existenciais não se distingue da tutela da autonomia privada nas situações patrimoniais por um critério *quantitativo*. A patrimonialidade não aumenta ou diminui o campo de incidência da autonomia privada. Afirmar que a tutela deve ser *qualitativamente* diversa para as situações patrimoniais e para as situações existenciais significa que o juízo de merecimento de tutela da autonomia privada vai levar em consideração a qualidade das situações jurídicas, isto é, se pertencem à categoria do *ser* ou do *ter*." MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 200.

[80] Assim: "No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito como, por exemplo, a liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento, dentre outras, considera-se haver uma "proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade". Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional." BODIN DE MORAES, Maria Celina. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 322

[81] Como prescreve Gustavo TEPEDINO: "A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas à existenciais". "O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais". In *Direito civil contemporâneo***:** Novos problemas à luz da legalidade constitucional. TEPEDINO, Gustavo.(Org.). São Paulo: Atlas, 2008. p. 365.

[82] Na mesma esteira de pensamento, aponta Fachin que "O Direito Privado contemporâneo – e, mais especificamente, o Direito Civil – vem deixando à margem as concepções individualistas do passado, para se ocupar da proteção da dignidade humana em dimensão coexistencial. Nem por isso – vale observar – deixa de ser Direito Privado. Este, que tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo "ter". FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI,

como "ato de iniciativa de ao menos uma das partes interessadas na negociação. Realização não apenas de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade e, às vezes, de obrigações legais de contratação",[83] é permeada pelo caráter hoje fundamental da intervenção estatal, assentado, pois, nos ditames constitucionais de uma ordem jurídica solidarista.

Logo, verifica-se que essa renovação nos valores que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro impôs, consequentemente, profundas alterações no sistema de tutela da autonomia privada patrimonial. E decorre dessa premissa que as situações subjetivas patrimoniais serão tuteladas de acordo com a sua obediência à finalidade social, e não apenas individual. Trata-se, sobretudo, de impor à liberdade patrimonial a realização de uma série de interesses extrapatrimoniais que visam à concretização de finalidades sociais derivadas da Constituição da República.

Isso significa que, além lado da função individual que toda situação subjetiva possui, no caso das situações patrimoniais impõe-se a necessidade de observância da respectiva finalidade social, pelo que a propriedade só será tutelada se e enquanto cumprir a função social, e o mesmo ocorrerá com o contrato e com a posse. Em termos mais concretos, esse esquema teórico só pode ser efetivado a partir de um importante giro na importância que se dá aos perfis de uma situação subjetiva, pelo que a dimensão estrutural perde o protagonismo para a função que cada instituto jurídico deve perseguir.

Nessa ordem de ideias, a estrutura indica o instituto como ele é, a partir de seu perfil morfológico[84], enquanto a função, por sua vez, corresponde à síntese dos efeitos essenciais, remetendo à finalidade do instituto. [85] Não sem razão, afirma-se que na produção jurídica liberal apenas não colocava a função como centro da atividade interpretativa, o que não significa que a finalidade dos institutos não se estabelecesse como uma opção pertinente a um sistema ancorado nos valores do individualismo e

---

Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119.

[83] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 347.

[84] Carlos KONDER utiliza o termo "morfológica" para identificar na ideia de função, encontrada originariamente no campo das ciências naturais, uma denominação que "conduz diretamente aos efeitos, focaliza uma 'conseqüência de determinada espécie, determinável e esperada teoricamente e/ou empiricamente observável ou inferível, e observada ou inferida'" Ainda, prossegue Konder, a noção de função aplicada a um instituto jurídico remete à sua finalidade, indicando (ao adotarmos a terminologia utilizada por Perlingieri) "para que serve" aquele instituto. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-27

[85] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 94

patrimonialismo[86]. Isso significa que nem mesmo a opção antiteleológica de raiz positivista que orientou a produção normativa oitocentista foi capaz de alterar a fórmula segundo a qual todo instituto jurídico é composto, simultaneamente, de estrutura e função.

Tome-se como exemplo o Código de Napoleão: lá o contrato assumiu o papel de meio para a aquisição da propriedade, tratado no Título III do Livro III, cuja denominação se traduz em "das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade". Isso significa que no Código Civil Francês, ainda que não houvesse menção expressa à função a ser perseguida pelo contrato, certo é que socialmente o seu papel a ser desempenhado, e por tal razão tutelado, era o de circulação e acumulação de riquezas, na medida da liberdade e vontade dos contratantes e em plena sintonia com o liberalismo francês que então se consolidava.[87]

Do mesmo modo, o Código Civil Alemão, que era regido pela mais alta abstração formal, ao privilegiar a vontade autônoma a impulsionar o negócio jurídico, distanciava o contrato das circunstâncias fáticas subjacentes. Através dos mecanismos estruturais de sofisticado conceitualismo, consolidava-se o alicerce necessário para a realização das finalidades político-econômicas, que eram controladas juridicamente através do estabelecimento de critérios de existência, validade e eficácia. Tais elementos positivados classicamente como atos jurídicos despidos de circunstâncias, estrategicamente estabeleciam quais e se haveria limites a serem impostos a determinadas atividades econômicas,[88] apesar de não guardarem afinidade radical com a concreta operação econômica por eles verificada.

Veja-se, portanto, que o desprestígio do perfil funcional não se confunde com uma ausência de função. De fato, desde sempre os institutos foram tutelados tendo por razão e limite determinada finalidade que deveriam cumprir. Desde uma função meramente econômica, de fomento à troca e à livre acumulação de riquezas, até a realização de um

---

[86] Como afirma Maria Celina BODIN DE MORAES, Diante da " consciência de que a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los – defende-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando, assim, do como ele é para o para que ele serve." BODIN DE MORAES, Maria Celina. Interpretação e aplicação do disposto no artigo 243 da Constituição, que prevê a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014, p.26. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf. Último acesso: 05.01.2015,

[87] Acerca das experiências narradas nos códigos Francês e Alemão, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

[88] cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

projeto econômico de autoria exclusivamente estatal, como se poderia pretender em qualquer regime de expressão político-econômica totalitária. Ainda que tais motivos não se encontrassem tradicionalmente revelados nas codificações modernas, não se pode ingenuamente sustentar que a atividade legislativa e interpretativa do direito não se fizesse com base em razões de ordem extrajurídicas muito bem definidas.[89]

Entre nós, o texto constitucional estabelece as linhas que diferenciam a funcionalização alicerçada nos valores assentados pelo pluralismo democrático constitucional daquela que se aplica a qualquer regime que opere sob o sistema de reserva de intervenção. No cenário democrático brasileiro, a funcionalização condiciona as relações jurídicas para que as funções sejam aquelas estabelecidas pela Constituição. Por tal razão, reafirma-se, não há espaço público ou privado imune à incidência dos imperativos de proteção à pessoa, que condicionam a tutela das situações jurídicas patrimoniais à realização de sua função social[90]. Evidentemente, se todo instituto jurídico é o complexo de estrutura e função[91], sendo a segunda condicionante da primeira, verifica-se que não há instituto jurídico, e, por conseguinte situação jurídica patrimonial, que não deva perseguir a finalidade social que lhe é destinada.

Em outras palavras, as alterações sofridas pelo conceito tradicional de autonomia privada só puderam ser concretamente efetivadas a partir da etapa subsequente do raciocínio funcional: trata-se, agora, de vincular a função individual que todo instituto possui aos fins sociais impostos pela Constituição Federal de 1988. Assim, não basta a

---

[89] De toda sorte, não se pode afirmar que nesse contexto a funcionalização adquiriu feições propriamente jurídicas. É o caso das teorias marxistas que revelavam os institutos do contrato e da propriedade como elementos centrais do modo de produção capitalista e propugnavam a funcionalização a um modelo de liberdades restritas e correspondentes ao projeto econômico estatal. E daí seguiram-se diversos posicionamentos teóricos com o intuito de conferir significados distintos à função exercida pelos institutos jurídicos, ora mais sociais, ora mais liberais, a exemplo da doutrina social da Igreja, (sustentando a propriedade como direito natural, numa tentativa de reduzir as iniquidades liberais e as estatizações de cunho comunista), entre outras. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

[90] Este parece ser o entendimento sustentado no enunciado 508 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CJF nos dias 9,10 e 11 de novembro de 2011 "Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal."

[91] Como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes ao tratar da causa nos contratos: "não se pode negar que todo e qualquer instituto há de ter uma função própria para que se possa justificar a sua presença no ordenamento jurídico, seja de modo típico, seja de modo atípico, isto é, permitido implicitamente pelo sistema". BODIN DE MORAES, Maria Celina O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mutuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309. Rio de Janeiro, jan.-mar.,1990, p. 35.

conclusão de que a função individual de todo contrato é econômica, pois isso não revela qualquer alteração substancial na tutela da autonomia privada, ao passo que a constatação de que os contratantes devem cumprir também interesses extracontratuais de ordem social modifica radicalmente a ideia de liberdade contratual.

Nesse particular, as finalidades socialmente úteis que devem ser perseguidas por todo e qualquer ato de autonomia encontram um importante correspectivo axiológico no art. 170 da Constituição da República – dispositivo que nada mais é do que um desdobramento lógico do princípio da solidariedade social consagrado no já referido art.3 º, I. Nele se verificam os valores que vinculam definitivamente a ordem econômica aos imperativos de justiça social e de promoção da dignidade humana, de modo que a partir daí, por exemplo, tutela-se o valor social da livre iniciativa, e não mais a livre iniciativa como valor em si.

Esse é o traço distintivo da tutela da autonomia privada patrimonial: ela sofre limitações internas, impostas pela boa-fé,[92] 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.

Por estas razões, as reflexões expostas na presente tese partem do pressuposto de que a cláusula geral de bons costumes, como instrumento para a realização de limites externos à liberdade, incide nas situações jurídicas que tenham como traço preponderante o exercício da autonomia existencial. Aos atos de autonomia patrimonial reserva-se a utilização de cláusulas gerais que funcionam como mecanismos de imposição de limites internos, como é o caso da boa-fé e da função social.

A imposição de limites internos está ligada à ideia de que a autonomia patrimonial não deve ser restringida apenas quando representa ameaça ou violação a direitos alheios. Ao contrário, deriva da noção de limites internos que a autonomia de ordem patrimonial deve, antes, realizar positivamente determinados interesses para além dos interesses de seu titular. Assim, os limites externos que apenas descrevem as barreiras da licitude são insuficientes para determinar se a autonomia privada será de fato merecedora de tutela jurídica, sendo necessário recorrer a mecanismos jurídicos que imponham limites também internos.

---

[92] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Isso porque, o juízo de licitude, próprio da lógica patrimonial, estabelece um campo de liberdade restrita apenas pelos limites que estabelecem o ilícito. Todavia, tal perspectiva não se coaduna com o movimento de funcionalização, vez que será determinante para a tutela jurídica, como dito antes, o êxito obtido na tarefa de realizar os valores constitucionais. Por certo, é preciso ir além dos marcos da licitude/ilicitude para contemplar o merecimento de tutela jurídica que cada relação terá se e enquanto se puser a perseguir a finalidade social. Em síntese de Pietro Perlingieri:

> Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Por conseguinte, nem todo ato lícito é merecedor de tutela. A simples licitude exime, de regra, somente a responsabilidade.[93]

Já o juízo de legitimidade[94] que condiciona a tutela jurídica ao fim social a que se destina determinado instituto jurídico não se refere à liberdade privada nos moldes liberais, tampouco aos projetos econômicos de autoria exclusivamente estatal, e nem mesmo a uma privatização das funções estatais no sentido de exigir que a autonomia patrimonial realize políticas de assistencialismo. Ao contrário, encontram-se na Constituição os parâmetros que legitimamente, de forma incontestável ainda mais porque estabelecidos pelo constituinte, impõem deveres ao lado de direitos, de modo que o exercício da liberdade privada não seja fim em si, mas instrumento de um propósito que transcende a vontade individual, mas que certamente também lhe serve de proteção.

Assim, no que se refere especificamente aos atos de autonomia patrimonial, a imposição de limites internos promove uma ruptura radical com o modelo de liberdade negativa que preponderava no contexto liberal oitocentista. Na realidade, os limites internos reconfiguram a própria noção de autonomia privada, impondo considerações de

---

[93] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 92-93

[94] Sobre a questão da legitimidade, central para a metodologia civil-constitucional, vale a transcrição dos esclarecimentos feitos por Pietro Perlingieri: "uma nítida distinção entre validade, legalidade e legitimidade da lei exige que o princípio de legalidade constitucional configure-se como garantia de sujeição aos valores fundantes do ordenamento jurídico. Portanto, o controle da legitimidade (...) compreende não apenas a lei, mas também os atos e atividades que são expressões da autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa." PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

ordem comunitária[95] ao terreno antes destinado ao exercício de interesses essencialmente individuais, e isso se dá, precisamente, através das cláusulas gerais da boa-fé, da função social e da ordem pública, como se verá no próximo capítulo desta tese.

Através da imposição desses limites internos, a interpretação dos atos de autonomia patrimonial se abre para considerações sociais acerca da "justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, proteção ao meio ambiente".[96]Isso porque, como afirma Gustavo TEPEDINO, trata-se de conceber a função social numa perspectiva constitucionalizada, sendo "informada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3, III) e da solidariedade social (art. 3, I) – objetivos da República."[97]

Deste modo, torna-se evidente que a realização do projeto constitucional democrático depende de uma essencial troca de papéis: a liberdade deixa de ser um princípio absoluto para se tornar o meio necessário para a concretização da solidariedade. Mas se essa lógica se mostra perfeitamente adequada às situações patrimoniais, resta entender como se dá, neste quadro teórico, a diferença qualitativa da tutela dispensada às situações subjetivas existenciais.

## 1.3
## Autonomia privada existencial e o projeto de livre desenvolvimento da personalidade

[95] Em outras palavras, acordo com as proposições democráticas, não se pode pleitear que finalidades absolutamente estranhas à função econômica da relação patrimonial se concretizem sob a veste da função social. Para ilustrar essa perspectiva, merece transcrição o trecho a seguir, referente à decisão do STJ, versando sobre contrato de compra e venda de safra futura a preço certo e a alteração do valor do produto no mercado como circunstância previsível: "A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas" STJ., REsp 803481, Rel. Min. Nancy Andrighi, j:. 28.06.07, DJ: 01.08.07

[96] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 497

[97] TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. *Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 369.

O Código Civil de 1916 reproduziu o ideal do liberalismo burguês, privilegiando em suas disposições a proteção das relações jurídicas patrimoniais, com destaque para as questões relativas à propriedade e ao contrato, restando a pessoa humana em posição externa ao objeto de tutela do direito privado. Tratava-se, como já se viu, do mesmo sujeito patrimonial, assistido nos limites de sua capacidade para ter e negligenciado em sua potencialidade para ser. Diante da mudança paradigmática promovida pelo princípio da dignidade da pessoa humana e sua incidência nas relações privadas, a autonomia passou a ser considerada sob o viés existencial, e não somente pelo patrimonial, como decorrência direta da opção constituinte pela prevalência dos interesses extrapatrimoniais sobre os patrimoniais.

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.

Afirmar a ausência de limites internos não significa, contudo, que a autonomia privada existencial possa ser considerada como valor absoluto na ordem jurídica. Cuida-se, com efeito, de estabelecer a autonomia existencial como espaço de desenvolvimento do projeto de livre desenvolvimento da personalidade, e que por isso está sujeito a intervenções legislativas e judiciais protetivas, como esclarece Stefano RODOTÁ:

> 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.[98]

O problema se coloca diante de comandos legais ou decisões judiciais que visam à proteção da pessoa contra ela mesma, que, não raro, se fundamentam em preceitos normativos que dizem respeito a valores. Na maior parte das vezes o fundamento está na noção jurídica de bons costumes.

---

[98] Tradução livre do original: "La libera costruzione della personalità è formula che non implica la definizione di un'area riservata alle scelte individuali priva di ogni rapporto con la regola giuridica. Individua piuttosto uno strumento che rende possible l'autonomo perseguimento di una politica dell'identità personale." RODOTÀ, Stefano., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto.* Milano: Feltrinelli, p. 22.

Por isso se torna necessário investigar (i) a diferença qualitativa da tutela da autonomia com base na distinção entre situações patrimoniais e situações existenciais e nas suas respectivas funções; (ii) compreender os fundamentos e o alcance da autonomia existencial no contexto de pluralismo democrático, ou seja, da multiplicidade de concepções sobre a vida digna; (iii) compreender os fundamentos democráticos para restrição da autonomia privada nas relações existenciais – tendo em vista a tensão entre liberdade e paternalismo.

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 aquele desempenhado pela função social[99] e pela boa-fé nas situações jurídicas patrimoniais.

### 1.3.1. A proteção da autonomia existencial e as situações jurídicas subjetivas de eficácia pessoal, de eficácia interpessoal e de eficácia social.

A autonomia privada existencial se configura como instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses existenciais que incide, precisamente – mas não exclusivamente –, nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera extrapatrimonial. Como observa Maria Celina Bodin de Moraes:

> Do ponto de vista da garantia constitucional, portanto, o conteúdo da liberdade individual, no que se refere às decisões pessoais, é um espaço, uma possibilidade de escolha que pode se expressar em modos variados: é liberdade tanto a possibilidade de realizar tudo o que não é proibido, como a exigência de não intervenção na vida privada do indivíduo ou ainda a possibilidade de autodeterminação ou obediência a si mesmo (isto é, a seu próprio regulamento). A possibilidade de escolha precisa ser assegurada, seu conteúdo é que deve ser escolhido

[99] Sobre o papel da função social como limite à autonomia privada patrimonial, destaca-se o enunciado 23 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ nos dias 11 a 13 de setembro de 2002: "23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

> pelo indivíduo. É como se tratasse de um "espaço vazio" que a lei tem que garantir para que possa vir a ser preenchido individualmente.[100]

Nas situações jurídicas subjetivas extrapatrimoniais ou existenciais o referencial objetivo é o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade. Sobre esse aspecto, é preciso compreender que os interesses existenciais não estão circunscritos ao campo das situações jurídicas puramente existenciais, já que também as situações jurídicas patrimoniais podem revelar a necessidade de proteção de valores extrapatrimoniais. Mas para que seja possível afirmar tutelas diferenciadas de acordo com a natureza patrimonial, é necessário estabelecer quais critérios podem ser utilizados para distinguir a patrimonialidade da existencialidade. Tais fronteiras, porém, não são de fácil definição.

Ao contrário do que a terminologia pode sugerir, nem sempre a diferença entre as situações jurídicas pode ser feita de forma simples, como se verifica "na contraposição propriedade, crédito, empresa *versus* direitos da personalidade e direitos de família".[101] Assim, não há linhas que inscrevam definitivamente, *a priori,* situações jurídicas subjetivas somente no campo existencial ou no campo patrimonial, já que há situações, que envolvem a realização de interesses tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais[102].

Esta dificuldade em encerrar a natureza das situações jurídicas subjetivas, longe de determinar a insuficiência de um esquema diferenciado de proteção, aponta para o rompimento da concepção prioritariamente patrimonialista das relações privadas. Em outras palavras, é preciso buscar na natureza das situações subjetivas qual dimensão é preponderante, de maneira que a configuração de funções existenciais justifique uma

---

[100] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 328

[101] KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.7

[102] Sobre a problemática apresentada, explica Rose Melo Vencelau MEIRELES que nem sempre a situação subjetiva não patrimonial será, de fato, existencial, conforme se constata na seguinte passagem: "As situações não patrimonias stricto sensu se inserem na lógica patrimonial, apesar de não terem equivalente pecuniário e, portanto, são regidas pelo direito das obrigações. Estas, embora não sejam patrimoniais porque não têm equivalente pecuniário, não podem ser ditas existenciais porque não representam o valor da personalidade. Se incluem aqui vários deveres que podem ser chamados de instrumentais, os quais, embora sem ter equivalente pecuniário, estão à serviço de situações patrimoniais, a exemplo dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva." MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34.

incidência normativa capaz de limitar a autonomia com objetivo de tornar concreta a dignidade.

Neste sentido, há diversos critérios que podem ser utilizados na tentativa de distinguir as situações jurídicas. Perlingieri aponta para a necessidade de analisar os variados perfis que constituem as relações subjetivas, tornando possível daí extrair a exata dimensão que elas apresentam. O autor, partindo da premissa de que a compreensão do tema na legalidade constitucional deve ultrapassar os tradicionais enfoques individualistas e teleológico (ou do interesse patrimonial),[103] fornece esquema teórico segundo o qual é possível categorizar as referidas situações de acordo com os diferentes perfis que se apresentam.

Nessa ordem de ideias, do perfil do efeito depreende-se que há sempre um fato juridicamente relevante que origina a relação subjetiva. E neste sentido, seja o fato natural ou humano, sustenta o autor que será sempre importante "enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito"[104]. Segundo o perfil do interesse, o fundamento justificador da situação está atrelado aos interesses, que podem ser os patrimoniais, de realização jurídico econômica, os existenciais de realização da função pessoal de livre desenvolvimento da personalidade. Há ainda os interesses híbridos, como podem ser consideradas as situações mais complexas, quando se verificam algumas "situações patrimoniais que são instrumentos para a realização de interesses existenciais".[105]

Deve-se considerar, ainda sob o perfil do interesse, que os fundamentos que justificam a natureza da situação subjetiva podem ser interesses gerais ou particulares – individuais ou coletivos. A partir do caso do tutor, "que exerce o seu ofício no interesse do menor e, ao mesmo tempo, da coletividade", Perlingieri explica que nessas situações se realizam pela generalidade de pessoas está presente a noção de interesse geral, ao contrário do interesse particular, que se realiza no próprio destinatário.[106]

Já o perfil dinâmico é definido segundo a ideia de situação subjetiva em permanente continuidade, "vista como conceito de duração que vive no seu ser uma

---

[103] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088 ,p. 669.
[104] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 669.
[105] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 669.
[106] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 670

referência contínua para a qualificação de uma pluralidade de comportamentos."[107]. De acordo com a perspectiva do perfil do exercício, tem-se a relevância da manifestação de vontade seja do titular do interesse ou daquele que o exerce.

O perfil normativo ou regulamentar, por sua vez, decorre do valor normativo que tornará juridicamente relevante a situação subjetiva que, sob este aspecto, constitui "uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito – no interesse próprio ou de terceiros, no interesse individual e ou social – do poder, às vezes, de realizar, outras de não realizar determinados atos ou atividades".[108]

O perfil, funcional, já tratado no item anteior, trata de mapear a função, o desempenho efetivo das relações subjetivas dentro do contexto maior das relações sócio jurídicas. Mesmo que a correta qualificação da situação subjetiva advenha da confluência dos vetores apresentados,[109] Perlingieri elenca os perfis da função e do interesse como complementos capazes de suprir as insuficiências dos modos tradicionais de análise das situações segundo o individualismo e o patrimonialismo, isto é, capazes de tornar "a individuação das situações subjetivas mais adequadas às exigências do ordenamento atual".[110]

Nessa acepção, é preciso destacar que o perfil funcional[111] corrobora a ideia de primazia da tutela dos interesses existenciais frente aos interesses patrimoniais. Isto porque a dignidade humana, como se viu, cumpre o papel de unificar o sistema jurídico de modo que todo ordenamento jurídico seja funcionalizado[112] para garantir as condições ideais de livre desenvolvimento da personalidade. Em síntese, esclarece Perlingieri que:

---

[107] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p. 670.

[108] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p, p.672.

[109] Segundo perspectiva do próprio autor: "As situações jurídicas subjetivas devem ser consideradas sob diversos perfis entre eles concorrentes, os quais, unitariamente entendidos, dão a exata dimensão delas." PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p p.669.

[110] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p p. 669.

[111] Assim, o perfil funcional agrega um importante componente para a atividade hermenêutica, pois "no âmbito dos negócios jurídicos, a funcionalização da autonomia privada pode ser apreendida não apenas sob esta perspectiva mais conceitual e principiológica, como também em um viés mais concreto e técnico. A funcionalização, neste sentido, significa no exame de um fato jurídico, privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural, pois aquele é o mais adequado para individuar os interesses que as partes buscam realizar e tutelar. Ela claramente não despreza a análise da estrutura, pois está é ponto de partida para qualquer hermenêutico, mas não se atém aos elementos componentes do instituto, indo procurar também nos efeitos buscados, na finalidade perseguida, o regime normativo aplicável àquele negócio." KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32.

[112] Nesse sentido: "Tratar da funcionalização do contrato, assim como da funcionalização de qualquer instituto jurídico, significa em especial, reconhecer a abertura do direito civil a fontes jurídicas que se

> A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Também os interesses que não têm caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial.[113]

Assim, de acordo com todas as considerações já feitas sobre a autonomia patrimonial, reafirma-se que a tutela das relações jurídicas na legalidade constitucional deve considerar que ao lado da realização da função econômica de um contrato podem existir finalidades de caráter existencial que devem ser protegidas, inclusive, com maior intensidade[114]. A esse respeito, consigna-se a pertinência do clássico voto do Ministro Luiz Fux, em sede de Recurso Especial, que se posiciona contra o corte de energia elétrica em situações cujo inadimplemento ocorreu com pessoa em situação de vulnerabilidade – miserabilidade, nas palavras do Ministro:

> Com efeito, entendo que, hoje, não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal [...] Ademais, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não fazer o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, não o de uma pessoa que não possui 40 reais para pagar sua conta de luz, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. **A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa**! Com tais fundamentos sou radicalmente contra o corte de energia de pessoa em situação de miserabilidade. (grifou-se)[115]

---

localizam para além da base do seu próprio Código e, não raro, do próprio direito. [...] A funcionalização dos institutos jurídicos interprivados preponderantes – a família, a propriedade e o contrato – é a grande chave para a abertura do sistema civil e, em conseqüência disso, para o desenvolvimento do processo da democratização do direito dos homens comuns" NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002, p. 52.

[113] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2088, p 760.

[114] Trata-se das situações dúplices, analisadas profundamente em: KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

[115] STJ, REsp 647853/RS; Ministro JOSÉ DELGADO; Relator p. acórdão: Ministro LUIZ FUX; Primeira Turma; J: 28.09.2004

Deste modo, enquanto as situações jurídicas patrimoniais devem ser funcionalizadas à realização de interesses extrapatrimoniais, as situações existenciais tem como função *direta* a realização de interesses pessoais do seu titular, especificamente a concretização dos valores da dignidade da pessoa humana. Decorre daí a diferença qualitativa da tutela da autonomia privada em ambos os casos: ao passo que a autonomia nas situações patrimoniais é protegida se e enquanto realizar interesses socialmente relevantes nem sempre coincidentes com os do titular – daí se afirma que esse tipo de situação *é função* -, a autonomia nas situações existenciais, ou nas mistas com função predominantemente existencial, deve ser protegida enquanto instrumento de concretização da função pessoal de realização da dignidade humana.[116]

Apesar de a localização da função existencial nas situações jurídicas subjetivas se apresentar como importante etapa para a maximização dos efeitos da tutela da pessoa humana, há ainda outro importante fator a ser considerado: os diferentes campos de produção de efeito dos atos de autonomia existencial. Apesar de a função da situação existencial ser pessoal, atrelada à realização de interesses do próprio titular, é possível verificar que os efeitos decorrentes daí poderão gerar consequências em esferas jurídicas distintas, cujas repercussões vão além da pessoa, causando implicações diretas na vida de terceiros - que podem concretamente considerados ou não.

Estas questões se colocam frente ao fato de que a legitimidade das intervenções jurídicas sobre a autonomia privada existencial deve estar ligada ao equilíbrio entre os interesses tutelados e as esferas jurídicas afetadas por eles. Mas nem por isso se pode afirmar que a função pessoal da autonomia privada existencial esteja atrelada à realização de interesses alheios à esfera jurídica de seu titular. Situações cujos efeitos ultrapassam a esfera do titular exigem maior cuidado com relação à ponderação dos interesses em jogo em caso de conflito, de modo que a autonomia privada de uns não se torne a privação de interesses existenciais de outros.

Na legalidade constitucional, o ponto de partida, a premissa inafastável para esse tipo de raciocínio sobre a realização dos interesses existenciais deve ser a liberdade, já que a função das situações existenciais é pessoal e seus limites devem ser apenas externos.

---

[116] Sobre a função pessoal, v. KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.8

Trata-se, portanto, de consideração oposta a que deve orientar a imposição de limites à liberdade patrimonial, já que nestes casos a própria proteção da autonomia está condicionada à realização de interesses socialmente relevantes, limitada internamente.

De acordo com esse raciocínio, é possível estabelecer nesta tese, sob o prisma das esferas jurídicas que sofrem a incidência de efeitos decorrentes da realização de interesses existenciais, uma nova tipologia das situações jurídicas subjetivas existenciais, com base na eficácia:

(i) *situações existenciais de eficácia pessoal*: situação cuja realização de interesses existenciais implica consequências jurídicas relevantes unicamente na esfera jurídica do seu titular. Trata-se de situação que não produz efeitos jurídicos diretos e imediatos que acarretem lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros.

(ii) *situações existenciais de eficácia interpessoal*: este tipo de situação gera repercussão em esferas jurídicas distintas do titular da situação, alcançando pessoas que não praticaram o ato de autonomia. Estas pessoas precisam ser individualmente identificadas e devem comprovar a situação de serem afetadas pelos efeitos diretos e imediatos que lesionaram ou apresentam risco real de lesão a seus direitos. Trata-se, portanto, de situação que gera concreto conflito de interesses entre a realização de interesses existenciais em esferas jurídicas distintas. Nessas situações, torna-se possível aplicar a cláusula de bons costumes para limitar, em concreto, os atos de autonomia existencial.

(iii) *situações existenciais de eficácia social*: a realização de interesses existenciais neste tipo de situação 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. Nestes casos, diante das repercussões jurídicas negativas para a coletividade, é preciso considerar a necessidade de limitar, em abstrato, a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais que podem ser lesionados pelo exercício de um interesse individual.

Esta classificação foi possível a partir da investigação teórica desta tese sobre a legitimidade das intervenções jurídicas na esfera jurídica existencial – principalmente a partir das teorias do paternalismo, que serão analisadas mais a frente neste capítulo.[117] A

[117] Outras tipologias sobre os atos de autonomia são encontrados nas teorias sobre paternalismo, notadamente a partir da obra de Stuart Mill e de sua diferenciação entre atos autorreferentes – que seriam aqueles que dizem respeito apenas ao indivíduo - e atos heterorreferentes, que dizem respeito a terceiros,

tipologia apresentada nesta serve como esquema teórico para analisar os atos de autonomia em casos diversos, mas a sua relevância se torna evidente nas situações que envolvem a incidência dos bons costumes. Como se demonstrará adiante, nas situações jurídicas de eficácia pessoal não há legitimidade para aplicação da cláusula geral de bons costumes, razão pela qual os critérios a serem fixados pela presente tese se dirigirão às situações existenciais de eficácia interpessoal e às situações existenciais de eficácia social.

A partir do enquadramento do caso concreto a uma das categorias apresentadas, torna-se possível delimitar com maior clareza se há espaço para intervenções legítimas na autonomia privada existencial. Mas para que esta classificação se torne viável concretamente, de acordo com o alcance dos efeitos diretos e imediatos dos atos de autonomia, são necessárias algumas considerações em virtude da própria vaguidade dos termos utilizados. Afinal, o que pode ser entendido pelas locuções "direto e imediato" e "risco real" ?

De início, cumpre ressaltar a necessidade de diferenciar efeitos diretos e imediatos de efeitos indiretos e mediatos. Os termos *direto* e *imediato* são bastante conhecidos no campo da Responsabilidade Civil, onde são utilizados para descrever, no plano da investigação causal, aquele que deu causa direta e imediata aos danos sofridos, e, além disso, determinar quais danos podem ser considerados indenizáveis e quais consequências danosas ficarão fora da obrigação de indenizar, por terem outras causas geradoras. [118]

Esse raciocínio utilizado acerca do nexo de causalidade gerou inúmeras controvérsias, e muitas delas por conta da imprecisão dos termos direto e imediato, como,

---

podendo causar danos. A despeito da importância teórica desta classificação para o desenvolvimento de teorias filosóficas sobre autonomia, é certo que não são categorias suficientes e apropriadas aos dilemas enfrentados nas relações privadas. Sobre a análise crítica do tema, ver: ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico.* Madrid: Iustel, 2006 e, acerca dos fundamentos clássicos apresentados por MILL, Stuart. On Liberty. Kitchner: Batoche Books, 2001.

[118] Como o aprofundamento das teorias sobre causa e nexo causal é absolutamente estranho às pretensões desta tese, serão desenvolvidos aqui apenas os traços necessários para as analogias terminológicas utilizadas. No entanto, adverte-se que: nem toda causa geradora de efeitos no mundo dos fatos pode ser considerada causa jurídica. A esse respeito, a qualificação da causa como jurídica, destacada no voto do Ministro Relator Honildo Amaral de Mello Castro, em sede de Recurso Especial, merece a transcrição: "A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente)". STJ, 4ª T, REsp. 685.929, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, julg. 18.03.2010, Para análises apuradas sobre o tema das teorias do nexo de causalidade em sede de doutrina, ver: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 e MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade.* Rio de Janeiro: DZ Ed., 2009. (esta nas páginas 166 e ss)

por exemplo, se os danos indiretos - como o chamado dano por ricochete - seriam indenizáveis[119]. Em razão disso, ganhou relevo a subteoria da necessariedade da causa, pela qual seriam indenizáveis os danos indiretos desde que o evento danoso fosse efeito necessário de uma causa. Assim, no campo da investigação causal, afirmar a necessariedade dos efeitos como característica predominante da noção de causa direta e imediata[120] pareceu medida adequada para sanar a maioria – ainda que não todos – dos questionamentos levantados pela doutrina[121].

Para as análises aqui desenvolvidas, toma-se a teoria que considera a causa direta, imediata e necessária como ponto de partida para a definição do que pode ser considerado um efeito direto e imediato dos atos de autonomia. Sem o foco na questão dos danos – que de fato é consequência de algumas questões aqui analisadas, mas foge ao tema desta tese e demandaria estudo autônomo no campo da responsabilidade civil – é suficiente para o tema dos limites da autonomia existencial a primeira consideração que esta teoria permite, que é, por analogia, a exclusão da influência de efeitos mediatos ou reflexos. Portanto, para saber se determinado ato de autonomia pode ser classificado como de eficácia pessoal, interpessoal ou social é preciso tomar como premissa que este esquema teórico não pode ser aplicado aos efeitos mediatos ou reflexos que todo e qualquer ato de autonomia pode produzir.[122]

---

[119] Cf. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: DZ Ed., 2009, 169.

[120] Como esclarece Gustavo TEPEDINO: "Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for eleito necessário de determinada causa. Desta forma, podem-se identificar danos indiretos, possíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência necessária da conduta tomada como causa." Gustavo TEPEDINO. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar.*Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 370.

[121] Os problemas decorrem principalmente dos termos do artigo 403 do Código Civil de 2002 CC, art. 403: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.". Em que pese o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acolherem a posição decorrente do art. 403 do Código Civil, é importante ressaltar a diversidade de denominações utilizadas para alcançar o mesmo denominador comum da causalidade necessária. Enquanto o STF adotou expressamente a interrupção do nexo causal (o que se verifica no paradigmático precedente STF, 1ª T., RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 12.05.1992), o STJ não raro evoca a teoria da causalidade adequada para investigar a causa imediata e direta do resultado danoso, como se pode observar a seguir: "Em matéria de responsabilidade civil - contratual ou extracontratual; objetiva ou subjetiva - vigora, no Direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato (art. 1.060 do CC/1916 e art. 403 do Código atual). Segundo esse princípio, ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art. 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso" STJ, 4ª T., REsp 325.622, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, julg. 28.10.2008.

[122] Na análise sobre o negócio jurídico feita por Pasquale FEMIA e Pietro PERLINGIERI, nota-se uma interessante aplicação da distinção dos efeitos entre mediatos e imediatos, da qual se extrai que efeitos diretos devem ser considerados essenciais, enquanto os efeitos mediatos são tomados como reflexos ou não essenciais. FEMIA, Pasquale; PERLINGIERI, Pietro. *Nozioni Introduttive*, *Nozioni Introduttive e Principi Fondamentali del Diritto Civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 108.

Os efeitos considerados mediatos, reflexos ou indiretos dizem respeito às consequências genéricas que o 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. Se tais consequências não podem alterar a esfera jurídica alheia, pode-se afirmar também que elas não têm potencial para causar lesão a interesse relevante e juridicamente tutelado. Dito de outro modo, a eficácia de tais atos não possui densidade para causar violação a direitos de outrem, tampouco lesão a direitos que seriam capazes de limitar outros direitos da mesma natureza existencial, como ocorreria com os direitos da personalidade.

Os efeitos mediatos não têm, assim, densidade para ofender direitos de terceiros. 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.

Essa é uma constatação facilmente visualizada a partir do exemplo trivial de uma pessoa adulta e capaz que resolve colocar uma série de quinze piercings em seu nariz, olho, orelhas e boca. Nesse caso, não há qualquer efeito jurídico imediato que possa alterar a esfera jurídica de outrem. Não há dúvidas, no entanto, de que a figura desta pessoa repleta de piercings causará estranhamento e até mesmo aversão a um número indefinido de pessoas, que se sentirão francamente ultrajadas pelo ato de autonomia corporal praticado. De fato, não será infundada a alegação de que houve ofensa a certos padrões sociais, afinal a colocação de um número tão elevado de piercings na face não é propriamente um hábito da sociedade.

O exemplo narrado torna clara a constatação de que determinada conduta que causa ofensa a certos padrões sociais não acarreta, necessariamente, consequências jurídicas limitadoras da autonomia existencial. Em outros termos, a ofensa a padrões morais não é, 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.

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 por que as múltiplas visões de

mundo são juridicamente protegidas ou, ao contrário, são suportadas porque determinadas visões de mundo não merecem proteção do direito? Em última instância, qual o *status* jurídico dos efeitos mediatos provocados pelos atos de autonomia que se configuram como ofensa a padrões morais? Todos esses questionamentos não podem ser enfrentados sem que uma série de outras questões correlatas seja apresentada.

Uma lei que se dirija apenas aos usuários de medicamentos que ofereçam perigo configura uma discriminação que se pode considerar injusta? Com base neste questionamento, Ronald Dworkin afirma não ser possível ignorar que se trata de uma questão moral. Para o autor, a moral oferece um papel positivo - que será analisado mais a frente – e negativo, tal qual, em suas palavras, "o cão de Sherlock Holmes, que não latia". Assim, "mesmo quando parece óbvio que uma lei emanada do poder legislativo não fere nenhum padrão moral constitucional – que as leis de trânsito não negam a ninguém o devido processo legal, por exemplo – a moral desempenha um papel negativo nesta deliberação."[123]

Quando enfrentam problemas que constituem dilemas morais, as pessoas tendem a reforçar posições com base em incertezas que percebem em suas próprias convicções morais. Quais direitos potenciais devem ser assegurados ao feto e em quais circunstâncias esses direitos poderiam afrontar a liberdade da gestante? Existe diferença moral entre fornecer um medicamento letal a uma pessoa enferma que deseje morrer, sem prestar qualquer outro auxílio complementar, e desligar os aparelhos de um doente que se encontra sem chances de recuperação médica?[124] Todos esses assuntos suscitam debates acalorados de ordem moral, de modo que se coloca o seguinte problema: "uma comunidade política deve tentar chegar a decisões coletivas sobre o aborto e a eutanásia e aplicá-las a todos os cidadãos através do direito ou, ao contrário, se deve permitir que os indivíduos cheguem as suas próprias decisões e ajam em conformidade com elas"[125]?

Mais do que isso, essas indagações frequentemente presentes nos raciocínios de ordem moral demonstram que os valores podem entrar em conflito. Esse conflito pode ser *interno*, quando há incongruências entre as convicções morais de um mesmo indivíduo, ou *externo*, quando há incompatibilidades e contradições entre valores compartilhados por duas ou mais pessoas. São diversas as situações concretas em que o conflito de valores se torna evidente e de difícil solução jurídica.

---

[123] DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 26.
[124] DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 112.
[125] DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 112.

Recentemente, o conflito entre valores aqueceu o debate sobre a limitação da liberdade de expressão por violação aos bons costumes, e tomou conta dos principais meios de comunicação[126]. 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*. Com 9.938.275 visualizações, [127] o vídeo se desenrola a partir da seguinte situação: uma menina se dirige a uma loja de sucos e pede um sanduiche. 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. Se for considerada procedente a alegação do usuário, o vídeo poderá ser classificado, a pedido da Promotoria da Infância e da Juventude. O humorista Fábio Porchat saiu em defesa da liberdade para exposição dos vídeos do canal do qual é sócio e afirmou ao jornal *Estadão* que fazer humor é justamente ferir a moral e os bons costumes:

> Justamente no Brasil, onde vivemos um período de censura tão marcante e profundo. O que o requerente diz é que o vídeo fere a moral e os bons costumes. A moral de quem? Os bons costumes de quem? O vídeo tem seis milhões de acessos. Ninguém é obrigado a gostar do esquete, mas impedi-lo de existir? Eu te confesso que, pra mim, a definição de humor é ferir a moral e os bons costumes. Sempre. Repare, não é humilhar, difamar, ofender, mas sim, pegar a sua moral e os seus bons costumes e colocá-los em uma corda bamba, para que você tropece em cima dos seus preconceitos, para que você se coloque em xeque! O humor te expõe![128]

É evidente a falta de preocupação conceitual com o enquadramento jurídico da noção de bons costumes, e não poderia ser diferente dado a natureza do texto jornalístico em questão. Sobre esse aspecto serão apresentadas algumas considerações nas próximas páginas desta tese. Por ora, o que chama atenção neste tipo de caso é a absoluta divergência entre os valores que podem ser compreendidos como bons costumes. A partir de um raciocínio envolvendo conteúdo moral, as múltiplas visões de mundo sustentam

---

[126] A notícia pode ser encontrada em diversos sites da internet, dentre os quais o do jornal A Folha de São 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. Último acesso em: 17.06.2013

[127]Os dados de visualização são e 24.09.2013 e o vídeo pode ser visto no seguinte endereço: http://www.youtube.com/watch?v=h1A9Kc5iNkQ&list=TLkP8YNGo9wm0

[128] A íntegra da manifestação do humorista pode ser encontrada em: http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,humor-e-ferir-a-moral-e-os-bons-costumes--,1032725,0.htm. Último acesso: 11.08.2013.

compreensões completamente diferentes sobre os comportamentos que devem ou não ser tutelados juridicamente. Enquanto o usuário alega ofensa aos seus direitos, o humorista ressalta e reafirma a liberdade de expressão como direito, inclusive, para ofender a moral e os bons costumes.

Com humor, Fábio Porchat faz outra afirmação sobre a alegação de lesão apresentada ao Ministério Público: *"Eu nunca vi ninguém entrar no bar e pedir rola. Então não sei qual seria a lesão"*. Mesmo sem qualquer pretensão jurídica, a declaração do humorista, embora em tom caricato, vai ao cerne do problema: qual seria a lesão? Qual direito teria sido lesionado neste caso?

O fato de uma criança ter acesso ao vídeo 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[129]. Através 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*[130] – irrelevante porque absolutamente evitável com a adoção de simples medidas de precaução – sirva de instrumento para limitação da liberdade de expressão.

---

[129] O controle do conteúdo impróprio para crianças e adolescentes foi objeto de intensas discussões no âmbito das reuniões da Constituinte, revelando alto índice de menções ao termo bons costumes. Como exemplo, o Constituinte José de Moraes sustentou, em debate na Comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, sobre o controle dos meios de telecomunicação, que: "Tenho ouvido de minha base política, em Minas Gerais, uma reclamação muito forte contra o excesso de liberalidade na televisão, nos programas humorísticos, nas novelas, principalmente contra os **costumes** brasileiros. Quero deixar claro que ao dizer "**costumes brasileiros**", não julgo se são maus ou bons. Trata-se, isto sim, do respeito aos **costumes brasileiros**. E quais são os **costumes brasileiros**, principalmente os de minha região? É de disciplina no trato de alguns assuntos, como, por exemplo, os que se referem à família, à liberdade do uso do sexo, à liberdade de expressão dos artistas. Há **costumes** brasileiros que devem ser preservados, e democracia é respeito à vontade da maioria. E a maioria da minha região tem-se manifestado contrária a essa libertinagem total que estamos tendo na televisão." – grifos no original. Assembleia Nacional Constituinte. *Atas das Comissões*. Comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

[130] Mero receio de lesão ou mero temor de dano são expressões muito empregadas em demandas preventivas, como é o caso do Habeas Corpus preventivo, como se vê nos seguintes julgados: STJ, 5ª Turma, HC: 124935 AC 2008/0285531-5, Rel. Min. Laurita Vaz, J: 18/05/2010, T5 DJe 07/06/2010; TRF-3, 1ª Turma, HC: 93 SP 0000093-84.2013.4.03.0000, Rel. Paulo Domingues, J: 09/04/2013. Na esfera cível, a maior parte das aplicações do termo encontra-se nas ações indenizatórias e nas demandas com pedidos de concessão de liminares, como se vê: TJ-PR 15ª CCível, 9228115 PR 922811-5, Rel.: Jucimar Novochadlo, J: 27/06/2012 (transcrição de parte do voto referente ao tema: "O mero temor de inscrição nos cadastros de proteção ao crédito não enseja a condenação ao pagamento de indenização por danos morais"); STJ, 2ª Turma, REsp 821720/DF; Rel.: Min. João Otávio de Noronha, J: 23/10/2007;DJ 30/11/2007 p. 423 (transcrição de parte do voto referente ao tema: "2. O periculum in mora significa o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal. A hipótese de dano deve ser provável, no sentido de caminhar em direção à certeza, não bastando eventual possibilidade, assentada em meras conjecturas da parte interessada").

No contexto do caso apresentado, os efeitos jurídicos imediatos decorrentes da autonomia nas formas de expressão não possuem densidade para causar alteração na esfera jurídica alheia, tampouco lesão a direito de terceiros. Esse tipo de exemplo serve para demonstrar como os valores entram em conflito com aparente facilidade e como os bons costumes são frequentemente utilizados na tentativa de conferir *status* jurídico a considerações de ordem moral que mais se aproximam de meras ofensas a padrões sociais que não merecem tutela diante das circunstâncias concretas.

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.[131] O caso da surdez como cultura, polêmica bastante conhecida nos Estados Unidos, pode ajudar a compreensão da sutilizas dessas distinções apresentadas.

Situação emblemática ocorreu com um 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 chances 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. Este 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 através de aparelhos.[132]

---

[131] Os conceitos de risco e de dano possuem sutilezas que aumentam o ônus argumentativo do intérprete. Por vezes, no entanto, é possível verificar na esfera jurisprudencial decisões desafiam o desacordo razoável sobre conceitos jurídicos. É o caso da decisão que desconsiderou o risco de morte por não considerar a morte como dano, já que seria inevitável e comum a todos, e indeferiu a antecipação de tela para paciente portador do vírus HIV que pretendia obter a medicação gratuitamente: "A Lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estado evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal. Por outro lado, não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. **Todos somos mortais. Mais dia, menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano.".** – grifou-se**.** TJSP, 7ª Vara da Fazenda Pública Proc. n. 968/01. J: 28.07.2001.

[132] 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. Último acesso: 08.06.2009. O

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. [133] Com número crescente de adeptos, a escolha por bebês surdos encontra forte resistência também na Grã-Bretanha. Em caso semelhante, Tomato e Paula Lichy – ícones da luta pelo reconhecimento da cultura surda – queriam ter um segundo filho e precisariam recorrer à técnica de reprodução humana assistida em virtude da idade de Paula. O desejo do casal vai de encontro à Lei de Embriologia e Fertilização Humana da Grã-Bretanha que não permite a escolha de características do embrião.

Nesses casos, o poderia ser considerado como escolha legítima dos casais é fortemente combatido por argumentos como os levantados pelo Instituto Real para Pessoas Surdas, da Grã-Bretanha: "A surdez é uma deficiência e passamos muito tempo fazendo campanha para melhorar as vidas das pessoas que têm o problema. Com certeza não é um insulto aos surdos afirmar que é melhor criar uma criança que vai enfrentar menos dificuldades, quando se pode fazer uma escolha", afirmou o diretor-executivo da organização, Jackie Ballard."[134]Já o diretor da Ong Life, Peter Garrett, quando consultado sobre o desejo do casal de americanas surdas afirmou: "Privar o bebê de uma faculdade natural é um comportamento antiético".[135] E é justamente sobre esse último argumento que se deve conferir maior atenção.

A escolha por bebês surdos suscita mais do que um juízo sobre a conduta ser ética ou não. Certamente, a comunidade que reivindica o reconhecimento da cultura dos 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 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, 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

---

relato também pode ser encontrado em BODIN DE MORAES, Maria Celina e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do Direito Civil-Constitucional*: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

[133] BODIN DE MORAES, Maria Celina e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do Direito Civil-Constitucional*: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47

[134] De acordo com notícia publicada no site da BBC e acessada pela última vez em 22.03.2013: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/03/080312_paissurdosivffn.shtml

[135] BODIN DE MORAES, Maria Celina e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do Direito Civil-Constitucional*: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.50

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, pelo que seria cabível restringir a autonomia dos pais e impedir a realização da fertilização em tais condições.

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 ligam a essa autonomia como consequências diretas e imediatas.

Mas a afirmação anterior mudaria completamente diante da decisão dos pais de não permitirem aos filhos a colocação de implante coclear até que completassem a maioridade civil, por exemplo. Neste caso, não importaria a razão da surdez, se natural ou provocada, se oriunda ou não da vontade dos pais. Haveria de qualquer modo uma limitação injustificada da autonomia existencial do filho, já que não há na outra ponta desta relação qualquer interesse jurídico dos pais que deva ser tutelado com maior intensidade. Assim, diante da necessidade de afastar efeitos indiretos e mediatos e, também, verificar a existência ou não de riscos ou lesão a direitos que possa ser gerado pelos efeitos diretos e imediatos, a situação existencial só poderá ser enquadrada nos tipos levando-se em consideração o dado empírico.

A surdez também ilustra outras questões que precisam ser objeto de reflexão nessa tese. Apesar do destaque que a situação recebe nos EUA, o Brasil começa a protagonizar discussões sobre o que se convencionou chamar movimento de resistência ao implante coclear, que é "um aparelho que tem o intuito de consertar o ouvido defeituoso dos surdos, trazendo uma possível audição de forma robotizada. Além disso, exige intensa reabilitação fonoaudiológica pós-cirurgia, pois é preciso exercícios para perceber e

entender os sons."[136]A polêmica envolve áreas científicas variadas, havendo discordâncias entre psicólogos, médicos, fonoaudiólogos. [137]

A surdez não é, por si só, um fator incapacitante, exigindo maior esforço de inserção social[138]. Não se trata de causa de diminuição do discernimento e, dessa forma, há de se entender a questão sobre o prisma da autonomia que os sujeitos possuem para definir como devem ser construído os seus projetos de vida digna. Mas não há como ignorar a forte resistência que este movimento sofre, tendo em vista que a concepção de vida saudável compartilhada por grande parte da população não passa pela consideração positiva das limitações geradas pela surdez. Ao contrário, a impossibilidade auditiva é tida como espécie de diminuição da integridade física.

No entanto, a contraposição de valores – de um lado o direito a 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 tem densidade jurídica para limitar a autonomia existencial. Chega-se a conclusão de que os valores conflitantes não podem limitar a autonomia a partir do raciocínio sobre os efeitos: este ato de autonomia que implica permanência do estado de surdez produz efeitos diretos e imediatos na vida de terceiros que possam ser concretamente identificados? Por outro lado, há efeitos jurídicos diretos e imediatos que

---

[136] REZENDE, Patrícia Luiza Ferreira. *Implante coclear na constituição dos sujeitos surdos*. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis SC, 2010, p.44. A autora sustenta que a implantação deste tipo de aparelho seria uma maneira negativa de lidar com a surdez. Partindo da análise foucaultiana de dominação dos corpos, a autora sustenta se tratar de mecanismo de normalização dos corpos surdos, não benéfica para a consideração das necessidades e da autonomia dos sujeitos surdos. De acordo com essa perspectiva, a autora justifica já no resumo de sua tese que: "É uma pesquisa motivada pela resistência da pesquisadora com relação ao campo "implante coclear", que tem o efeito de normalizar os sujeitos surdos, subalternizando a língua de sinais e cultura surda". Em sentido oposto, v. as reflexões apresentadas no http://cronicasdasurdez.com/implante-coclear-verdades-e-mentiras/. Último acesso em: 11.07.2013.

[137] Nesse sentido, "Quando propus a produção de tese referente ao implante coclear, fui alertada pelos colegas surdos e ouvintes acadêmicos e pelas orientadoras que o assunto seria polêmico, gerando oposições e iras do império coclear. **Este tema é uma questão litigiosa para a comunidade surda e, por vezes, é dito como genocida, visto que pode provocar extinção da cultura surda, da língua de sinais**. Seria interessante citar que fui alertada por uma das professoras de que talvez a maior resistência fosse a dos próprios surdos que não compreenderiam as razões que me levaram a pesquisar sobre o assunto.(grifou-se). REZENDE, Patrícia Luiza Ferreira. *Implante coclear na constituição dos sujeitos surdos*. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis SC, 2010, p.36.

[138] Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teve a oportunidade de avaliar a questão do fornecimento gratuito de aparelho para a surdez, e posicionou-se da seguinte maneira: "Embora o aparelho auditivo possa assegurar à agravada melhoria na sua qualidade de vida, inexiste prova inequívoca de que o mesmo é indispensável à preservação de sua saúde ou que esta se encontre em risco. Precedentes do tribunal. Provimento ao recurso para revogar a antecipação de tutela deferida." (TJRJ, AI 2006.002.27573. Rela. Desa. Cássia Medeiros. J. 13/2/2007).

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 direitos 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, nem tampouco a coletividade. 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.

Para afirmar que a ofensa a padrões morais pode ser irrelevante para o direito, é preciso mapear quais são os valores que podem ser considerados dignos de tutela, a impedir, por exemplo, o exercício pleno da autonomia existencial. A noção de densidade dos argumentos contrapostos para limitar a autonomia carece de uma explicação prévia: diante dos inúmeros valores que podem ser encontrados numa sociedade, quais são as premissas que permitem distinguir aqueles que devem ser considerados como valores jurídicos daqueles que não terão relevância para o direito?

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.[139]

Em 2007, o jogador de futebol Richarlyson apresentou queixa-crime contra um cartola do clube Palmeiras, que insinuou o atleta seria homossexual. Foi negado prosseguimento à ação penal. Dentre os argumentos apresentados pelo juiz, ganharam destaque as afirmações de que "o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual", como se verifica no trecho a seguir:

> 2. Em nenhum momento o querelado apontou o querelante como homossexual. 3. Se o tivesse rotulado de homossexual, o querelante poderia optar pelos seguintes caminhos: 3.A — não sendo homossexual, a imputação não atingiria e bastaria que, também ele, o querelante, comparecesse no mesmo programa televisivo e declarasse não ser homossexual e ponto final; 3.B — se fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados…Quem é, ou foi, BOLEIRO, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num "TÈTE-À-TÈTE". Trazer o episódio à Justiça, outra coisa não é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro. [...] Já que foi colocado como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. Há hinos que consagram essa condição: "olhos onde surge o amanhã, radioso de luz, varonil, segue sua senda de vitórias…". [trecho do hino do Sport Clube Internacional, de Porto Alegre (RS)][140]

---

[139] O caso foi utilizado por Bernardo de Abreu Medeiros para embasar suas análises sobre a questão do positivismo inclusivo. Medeiros, Bernardo de Abreu. 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. 97

[140] Outros trechos da decisão merecem destaque dada a incompatibilidade das razões apresentadas com a Constituição Federal de 19886: " Esta situação incomum do mundo moderno, precisa ser rebatida…7. Quem se recorda da "COPA DO MUNDO DE 1970", quem viu o escrete de ouro do jogador (Félix, Carlos Alberto, Brito, Everaldo e Piaza; Clodoaldo e Gerson; Jairzinho, Pelé, Tostão e Rivelino), jamais conceberia um ídolo seu como homossexual. 8. Quem presenciou grandes orquestras futebolísticas formadas: Sejas, Clodoaldo, Pelé e Edu no Peixe; Manga, Figueroa, Falcão e Caçapava, no Colorado; Carlos, Oscar, Vanderlei, Marco Aurélio e Dica, na Macaca; dentre inúmeros craques, não poderia sonhar em vivenciar um homossexual jogando futebol. 9. Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelejar contra si. 10. O que não se pode entender é que a Associação de Gays da Bahia e alguns colunistas (se é que realmente se pronunciaram neste sentido) teimem em projetar para os gramados, atletas homossexuais. 11. Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o "SISTEMA DE COTAS", forçando o acesso de tantos por agremiação.12. E não se diga que essa abertura será de idêntica proporção ao que se deu quando os negros passaram a compor as equipes. Nada menos exato. Também o negro e, homossexual, deve evitar fazer parte de equipes futebolísticas de héteros. 13. Mas o negro desvelou-se (e em vária atividades) importantíssimo para a história do Brasil: o mais completo atacante, jamais visto, chama-se Edson Arantes do Nascimento e é negro. 14. O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal… 15. Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análise dos comportamento deste, ou aquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube. 16. Precisa, a propósito, estrofe popular que consagra:"cada um na sua área, cada macaco em seu galho, cada galo em seu terreiro, cada rei em seu

Mas a relevância deste caso de matéria penal está no fato de que os valores que indicam tanto machismo quanto homofobia são compartilhados por grande parte da sociedade.[141] O problema é que mesmo tendo adesão da população, esses valores não encontram respaldo nos valores constitucionais. Logo não há cabimento na utilização de argumentos dessa natureza como fundamento para qualquer decisão no direito, seja na área penal ou na cível. São valores morais, mas não podem ser considerados valores jurídicos. Como esclarece Bernardo de Abreu Medeiros:

> [...] com base no valor moral da "virilidade no futebol" o juiz lançou mão de um valor que definitivamente não está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo que "virilidade futebolística" faça parte da moralidade positiva – se é que o faz – não se encontra positivada constitucional nem infra-constitucionalmente. Temos aqui um típico caso de aplicação de um valor moral, talvez até compartilhado pela maioria dos indivíduos da sociedade, mas que definitivamente não é jurídico. Apesar de se tratar de um valor moral, não pode funcionar como condição suficiente de juridicidade.[142]

Ganha relevo neste ponto a noção de pluralismo, pela qual a sociedade é marcada pela diversidade de múltiplas formas, religiosa, sexual, política, racial. Naturalmente, esta diversidade gera como consequência diferentes visões de mundo. 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 seus *status* jurídico.

Em síntese, a classificação das situações subjetivas existenciais com relação aos efeitos - eficácia pessoa, 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. Havendo valores jurídicos, passa-se à

---

baralho".
17. É assim que eu penso…e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!
18. Rejeito a presente queixa-crime. Arquivam-se os autos. Na hipótese de eventual recurso em sentido estrito, dê-se ciência ao Ministério Público e intime-se o querelado para contra-razões." TJSP, 9ª V.Crim, proc. nº 936/07, Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho, j: 05.07.2007

[142] 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

averiguação dos efeitos. (ii) os efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia geram lesão ou risco real de lesão à esfera jurídica alheia a do titular da situação? (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?

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. Isso porque, a depender das esferas jurídicas envolvidas no exercício da autonomia, as intervenções jurídicas nos espaços de liberdade existencial poderão ser consideradas paternalistas ou não paternalistas, em variados graus de intensidade.

### 1.3.2. Paternalismo jurídico e projeto de livre desenvolvimento da personalidade

É de Günther Frankenberg o alerta sobre a expansão do Estado paternalista nos tribunais: se há uma nova tendência, então é a da persistência dos juízes em uma violação da dignidade, mesmo contra a vontade do envolvido.[143] Ora, ainda que se trate de opinião formulada com base na realidade jurídica alemã, não se pode ignorar que o movimento estatal de intervenções paternalistas é cada dia mais intenso.[144]

Um dos casos mais emblemáticos sobre o conflito entre autonomia e paternalismo é o célebre caso do arremesso de anão, o mesmo que quase todos os alunos de direito enfrentam nos primeiros anos da faculdade. Anunciado na Alemanha como uma dos maiores sucessos no Estados Unidos, o arremesso de anão poderia ser visto, ao vivo, na Euro Disco. O arremesso era feito por pessoas fortes, "que deveriam lançar do auditório, o mais longe possível, a pessoa anã.".

Contudo, a atração, maior aposta de audiência dos últimos tempos na TV Alemã, foi proibida por decisão do Parlamento Europeu, que vetou a prática conectando dois argumentos, tão fortes quanto polêmicos: a dignidade da pessoa humana e os bons

---

[143] FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito*. Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 317

[144] Muitas dessas intervenções são reverenciadas como verdadeira expressão da força civilizatória do direito, como é o caso da Lei Maria da Penha, enquanto outras são questionáveis por representarem, em alguma medida, limitação severa na autonomia provada, como é o caso da proibição de fumar em lugares fechados.

costumes. Esta conexão se deu porque, como explica FRANKENBERG, na prática do arremesso, o anão era lançado como um aparelho de esporte, pelo que estaria reduzido à condição de objeto, em situação absolutamente incompatível como a noção kantiana de dignidade da pessoa humana. Ou seja, não havia, na decisão, uma explicação razoável sobre o que exatamente seria uma violação aos bons costumes, ainda que tivesse ficado clara a afronta à dignidade.[145]

Nessa decisão restou assentado, portanto, que a prática do arremesso de anão seria violadora da dignidade da pessoa humana e dos bons costumes. O expediente utilizado pelo Tribunal alemão foi o mesmo usado no caso que contrapôs aos shows de *strip-tease* aos *peep shows.* Na decisão sobre os espetáculos de nudez, o tribunal administrativo federal alemão chegou à conclusão de que a simples exposição do corpo feminino nu não representa, por si, uma conduta violadora da dignidade da pessoa humana, pelo que os shows de *strip-tease* seriam permitidos. Neles, a exposição da nudez seria uma genuína manifestação artística, que em nada maculava a condição de sujeito das mulheres envolvidas.

Já os *peep shows* não seriam permitidos, em razão, na visão dos julgadores, da "atmosfera de um negócio jurídico mecanizado e automatizado, no qual a contemplação da mulher nua é vendida e comprada como mercadoria de uma máquina automática ativada com moedas". Em razão das cabines utilizadas para os *peep shows,* o Tribunal entendeu que havia um "isolamento coisificante", cuja violação aos bons costumes e à dignidade era potencializada pela presença de *voyeurs* que permaneciam ocultos e pelo uso comercial, e não artístico, da atividade.

Em todos os casos, a arguição de violação dos bons costumes foi forte suficiente para afastar a proteção à autonomia privada existencial como espaço de liberdade de decisão, como igual expressão da dignidade da pessoa humana. Em demandas dessa natureza, é possível constatar "o curto-circuito entre violação de costumes e violação da dignidade, consequentemente, o fluxo irrefreado de éticas particulares dos juízes ou de todos os "pensadores justos"". A razão dessa situação apontada por FRANKENBERG é, precisamente, o desacoplamento dos conceitos de dignidade e de autonomia, em virtude do qual "podem ser geradas obrigações de proteção, a bel-prazer, a partir da garantia da

[145] FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito.* Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 319

dignidade que, com certeza provocam a reação do Estado (...) como vingador de todos os indignados".[146]

De fato é pertinente o alerta feito pelo constitucionalista alemão. Não sem razão, a noção de paternalismo possui enorme relevância prática para o direito, em especial para a esfera cível, onde é possível verificar com mais clareza o problema da legitimidade das limitações à liberdade existencial na esfera das relações privadas - executadas principalmente por parte do Poder Legislativo na elaboração de leis e pelo Poder Judiciário na aplicação concreta de preceitos legais.

Qualquer instância ou pessoa que tenha como responsabilidade a promoção do bem estar de alguém específico, ou da sociedade em geral, frequentemente terá que enfrentar dilemas decorrentes da situação bastante comum que ocorre quando o próprio sujeito a quem se dirige esta incumbência resiste à tutela externa dos seus desejos e convicções. Isso pode acontecer em qualquer aspecto da vida[147]. As relações entre pais e filhos, professores e alunos, médicos e pacientes, sempre têm espaço para este tipo de conflito entre vontades divergentes sobre o bem-estar de um sujeito. A relação entre o Estado e as pessoas por ele contempladas é o campo mais problemático quando o tema é paternalismo, já que não é simples conjugar os interesses coletivos e os interesses individuais numa relação de harmonia quando o assunto é proteger a pessoa contra ela mesma.

Não sem razão o paternalismo é tema particularmente caro a esta tese. Isso porque, 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.

---

[146] FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito*. Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 319

[147] Neste sentido, veja a definição apresentada pelo verbete sobre o termo paternalismo no Dicionário de Política: "Na linguagem vulgar, Paternalismo indica uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, mas que exclui a sua direta participação: é uma política autoritária e benévola, uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos. Para expressar tal política, nos referimos, então, usando de uma analogia, à atividade benevolente do pai para com seus filhos menores." BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. II, Brasília: Editora UNB, 2010, pp.908 e ss

Do ponto de vista das reflexões propostas nesta pesquisa, a incidência da cláusula de bons costumes sobre os atos de autonomia existencial deve ser guiada por duas ideias centrais. A primeira delas diz respeito ao fato de que nem toda intervenção paternalista será, por si, intolerável de acordo com a Constituição Federal, e a segunda se refere à necessidade de afastar toda sorte de intervenções que esvaziem de sentido o projeto de livre desenvolvimento da personalidade. Essas ideias justificam o esforço investigativo que será apresentado sobre a noção de paternalismo e suas variações conceituais, a fim de encontrar fundamentos compatíveis com as premissas teóricas desta tese.

Muitas questões se colocam para que o assunto possa ser analisado. As perguntas mais profundas se referem ao conteúdo do conceito: o que exatamente pode ser considerado paternalismo jurídico? Qualquer limitação jurídica imposta à liberdade de um sujeito pode ser considerada paternalista ou há espaços para algum grau tolerável de paternalismo? Quais fatores devem ser considerados para averiguar uma possível tolerância a limites externos impostos à liberdade de existir?

Ainda que as origens do conceito sejam muito mais antigas[148], Macario Alemany explica, em livro dedicado ao estudo do tema, que o emprego do termo paternalismo se tornou particularmente comum no contexto da segunda metade do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, quando foi usado para descrever determinadas condutas que expressavam um paternalismo do tipo industrial. Esse tipo de paternalismo era verificado em determinadas práticas sociais típicas das relações de trabalho, principalmente no ambiente das fábricas.[149] No âmbito jusfilosófico, no entanto, a questão do paternalismo tomou fôlego a partir das análises apresentadas por Herbert L.A Hart sobre as regras de conteúdo moral, aprofundadas principalmente na famosa polêmica entre ele e Patrick Devlin.

Em oposição à perspectiva denominada *moralismo legal* – que diz respeito ao uso da coerção legal para impedir atos imorais -, Hart protagonizou o mais emblemático debate teórico sobre paternalismo, partindo inclusive de uma série de análises críticas sobre as proposições liberais defendidas por Stuart Mill em *On Liberty*[150]. Na outra ponta

---

[148] Sobre as origens do paternalismo e também do pensamento antipaternalista, ver, especialmente, BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. II, Brasília: Editora UNB, 2010, pp.909-910.

[149] Como esclarece o autor, "prácticas sociales desarrolladas por los patronos em relación a sus trabajadores caracterizadas por la Asunción de responsabilidades em la mejora da calidade de vida del obrero, las cuales rebasavan com creces el cumprimento de las condiciones contratuales en matéria de salario y condiciones de trabajo." ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006, p.30.

[150] MILL, Stuart. *On Liberty*. Kitchner: Batoche Books, 2001.

desta disputa estava Patrick Devlin, em defesa da tendência combatida por Hart e em nome de uma intervenção legislativa de ordem penal para criminalizar condutas consideradas imorais, cujo fundamento estaria na proteção da sociedade e não propriamente na proteção do indivíduo contra ele mesmo, segundo argumentava o autor.[151]

A questão jurídica que serviu como base para o embate teórico versava sobre a criminalização da prostituição e da homossexualidade. Para Devlin, toda sociedade precisaria de intervenções jurídicas para assegurar a prevalência dos valores morais sobre as imoralidades sociais, termo que utilizava para classificar todo tipo de prostituição ou desvios na moral sexual dominante. Para Devlin os desvios podem ser caracterizados a partir do comportamento de pessoas consideradas honradas e honestas. Em posição oposta, Hart sustentou que não havia possibilidade de criminalizar condutas considerando como imoral aquilo que as pessoas adultas e capazes resolvem fazer para viver a experiência sexual.

Mas essa posição contrária ao moralismo legal não significava, para Hart, a necessária negação do paternalismo. Daí a relevância do raciocínio apresentado pelo autor: para ele o paternalismo significa a imposição de um padrão de conduta visando o bem de uma pessoa, enquanto o moralismo impõe limitações à autonomia existencial sem que haja qualquer lesão ou ameaça de lesão. De acordo com o moralismo, a coerção legal através da moral se daria com vistas à proteção dos interesses da sociedade, a fim de evitar o que se chamou de forma pouco esclarecedora de degradação moral, sem preocupações acerca do bem-estar do sujeito a quem se dirige a intervenção.

Enquanto no moralismo a justificação não está muito mais atrelada aos valores individuais e muito menos aos efeitos jurídicos que o ato de autonomia pode provocar, o paternalismo jurídico, ao contrário, se liga definitivamente aos efeitos produzidos e se desdobra em diversas qualificações a depender do grau de intensidade das intervenções restritivas e dos interesses que visam a tutelar.

De acordo com Gerald Dworkin, o paternalismo seria uma "interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida".[152] Como esclarece Letícia Martel, um traço marcante do paternalismo é que

---

[151] DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals.* Oxford Press University, 1959, p.13 e ss.
[152] DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Monist,* LVI, n. 1, junho de 1972, p. 65.

"no momento em que ele é aplicado, a pessoa não reconhece a proteção nem o benefício da medida.".[153]

Contudo esta concepção de paternalismo[154] está longe de esgotar a problemática a ser enfrentada sobre o tema, já que o paternalismo é gênero do qual decorrem diversas espécies, como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente, como expressão da relação entre pais e filhos, e, finalmente, o paternalismo jurídico. Então, como se pode definir o paternalismo jurídico?

Uma importante definição sobre paternalismo jurídico é proposta por Macario Alemany,[155]segundo o qual haverá uma intervenção paternalista quando dois requisitos estiverem presentes: (i) A exerce poder sobre B; (ii) esse poder de A é exercido com o propósito de evitar que B pratique ações (ou deixe de praticar) que causem danos a si mesmo ou representem um aumento de risco de dano. A partir deste raciocínio, seria possível afirmar a intervenção como decorrente do paternalismo jurídico se o exercício de poder de A sobre B for respaldado pelo direito, ou seja, se A tem poderes jurídicos para determinar, por si, modificações na situação jurídica de B (mesmo que B não queira).[156]

Uma vez caracterizada que a intervenção é fundada no paternalismo jurídico, a problemática se coloca em outros termos, pois as modalidades de paternalismo podem ser categorizadas de diversas maneiras. A principal distinção sobre os tipos de intervenção paternalista se relaciona com o fim a que se destinam:[157] algumas ingerências

---

[153] MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ

[154] Sobre o desenvolvimento do conceito de paternalismo utilizado por Gerald Dworkin, Letícia Martel esclarece que "Em seu primeiro conceito, Gerald Dworkin associou o paternalismo a intervenções coercitivas. Devido às críticas que recebeu, modificou seu posicionamento e passou a aceitar como paternalistas algumas medidas promocionais e de dificultação de acesso a comportamentos ou produtos, bem como a omissão de informações importantes que impedem o conhecimento, pelo sujeito que sofre a medida paternalista, sobre a sua ocorrência." MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, p.90

Outra importante análise crítica sobre o pensamento de Dworkin é feita por Macario ALEMANY, em seu livro *El paternalismo jurídico*, Madrid: Iustel, 2006.

[155] Para uma importante crítica à teoria de Macario Alemany, ver o prólogo de seu próprio livro, escrito por Manuel Atienza, em: ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*, Madrid: Iustel, 2006, pp. 16-22.

[156] ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

[157] Nesse sentido, vale a transcrição da análise de Fermin Schramnm acerca do tema: "a especificidade da ética contemporânea (cujas raízes se situam no humanismo moderno) consiste em opor alguma forma de autogoverno a alguma forma de aceitação do paternalismo, numa gradação que pode ser classificada da seguinte maneira: 1) o paternalismo "duro" (*hard paternalism*), que implica uma restrição às liberdades ou uma violação da autonomia; 2) o paternalismo "forte" (*strong paternalism*), que implica, além da restri ção ou da violação, o caráter de não justificado; 3) o paternalismo "brando" (*soft paternalism*), que não envolve nem restrições nem violações mas somente meios retóricos de convencimento; 4) o paternalismo "mole"

paternalistas querem afastar o sujeito despido de autonomia, temporariamente ou definitivamente, do mal que possa infringi-lo, enquanto outras têm como objetivo promover o bem que o sujeito não possui os mecanismos para reconhecer como seu melhor interesse.[158]

Uma dessas modalidades, também classificada como paternalismo fraco, fundamenta as intervenções nas hipóteses em que o mal resulta da falta de escolha ou do desconhecimento sobre o potencial lesivo da conduta intentada. É exemplo desta intervenção paternalista a ação que visa a afastar a ameaça de que uma conduta involuntária resulte em situações não benéficas ao sujeito como, por exemplo, impedir que o viciado em alucinógenos se jogue pela janela.

Do mesmo modo, o agir paternalista comporta a movimentação que decorre da ignorância sobre o mal em potencial como, por exemplo, impedir alguém de ingerir substância que ignora ser tóxica ou venenosa. Abrange ainda a hipótese em que se julga necessário agir na dúvida sobre a voluntariedade ou não da situação, por exemplo, tirar uma pessoa da frente de um ônibus mesmo sem saber se ela deseja levar a vida a termo.[159]

A segunda modalidade, chamada de paternalismo forte, admite a intervenção sobre a conduta quando o mal resulta de uma ação voluntária e informada. Esta espécie de paternalismo está usualmente presente nas hipóteses de fraqueza da vontade, onde o sujeito sabe que determinada ação provocará o mal, mas mesmo assim escolhe praticá-la. Ainda que essa escolha seja motivada por razões incontroláveis, certo é que o agente possui pleno conhecimento acerca dos males que ela pode acarretar.

O paternalismo forte é tradicionalmente identificado nas políticas públicas como campanhas de combate ao fumo, leis que proíbem o fumo em lugares fechados, leis que determinam índices de consumo alcoólico compatíveis com a direção de veículos automotivos, leis que restringem o porte de armas, leis que impõem a vacinação obrigatória, políticas públicas que determinam o controle intenso de doenças.[160] Em tais situações, tem-se uma intervenção estatal legitimada, de um lado, pela proteção da esfera jurídica de terceiros, ou seja, o Estado atua proibindo o fumo em lugares fechados para

---

(*weak paternalism* ), ou seja, uma forma de *hard paternalism* justificado". SCHRAMM, Fermim., A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27- 37, 1998.

[158] PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002. p. 158.

[159] PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002. p. 158

[160] PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002, p. 159

proteger o não fumante dos riscos do fumo passivo, proíbe a direção da pessoa alcoolizada para não trazer riscos de acidentes na via pública, o porte de armas pode ser restrito face aos perigos que elas representam para a vida de outras pessoas, a vacinação obrigatória é de suma importância para que doenças contagiosas não acarretem epidemias ou pandemias.

De outro lado, esse tipo de atuação estatal visa a conscientização da população em relação aos efeitos lesivos de tais práticas. Mas veja-se que esta conseqüência é buscada de modo residual, vale dizer, o fumante que não pode fumar em recintos fechados acaba fumando menos, a criança vacinada não contamina outras crianças ao mesmo tempo em que se torna imune à doença, o motorista que não pode dirigir alcoolizado não coloca a vida de outras pessoas em risco e nem a sua. De modo geral, portanto, trata-se de condutas que causam riscos ao indivíduo e à sociedade.

Frequentemente, as hipóteses que ensejam o paternalismo forte são chamadas de atos acráticos, ou seja, práticas paradoxais em relação à racionalidade. São movimentos voluntários que o sujeito opta por executar mesmo consciente dos males que podem ocorrer, a exemplo do fumante que, mesmo sabendo dos prejuízos causados pelo tabagismo, continua a fumar. Do mesmo modo, os excessos no hábito de beber e comer acarretam conseqüências nefastas que são consideradas pelos sujeitos, mas não afastadas, de modo que se tornam menores diante do prazer que tais práticas podem proporcionar.

Não raro, a dependência recebe o crédito pela prática de atos acráticos.[161] A vontade se tornaria fraca diante de fatores que fogem à racionalidade. Assim, justifica-se que o tabagista continue a fumar porque o cigarro contém substâncias que geram dependência; de maneira idêntica a obesidade mórbida é explicada em razão de desequilíbrios químicos que geram a compulsão e interditam a vontade.

De outra parte, são inúmeros os atos ditos irracionais que não derivam de influências externas que causem dependência, como o fato de as Testemunhas de Jeová se recusarem a receber uma transfusão de sangue que sabem ser imprescindível à

[161] Sobre a prática de atos acráticos, explica Maria Celina BODIN DE MORAES que: "Embora sujeitos racionais e conscientes, podemos praticar, podemos praticar com intenção atos que podem ser avaliados como "irracionais". Tal irracionalidade, consciente e voluntária, confunde-se na realidade com a falta de razoabilidade objetiva (mas não subjetiva). A discussão filosófica em torno deste paradoxo da irracionalidade – sujeitos racionais podem agir conscientemente de forma vista como irracional (ou irrazoável) – é conhecida na história da filosofia como o problema da *acrasia* ou da fraqueza da vontade". BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 193

manutenção de suas vidas,[162] ou ainda as situações em que o paciente depende da amputação de um de seus membros para ter a vida salva, mas mesmo assim recusa-se a fazer a operação. Nestes casos, contudo, não se pode afirmar categoricamente que se trata de fraqueza de vontade. As Testemunhas de Jeová[163] não se recusam a viver, mas certamente possuem padrões sobre a vida que fogem à moral tradicional: trata-se, na verdade, de uma conseqüência da liberdade de consciência,[164] de modo que o sujeito se recusa ao cumprimento daquilo que se reputa tradicionalmente como razoável ou lícito, mas que são incompatíveis com as suas íntimas convicções. Neste caso específico ocorre situação em que a pessoa sente-se moralmente obrigada a não cumprir com as expectativas razoáveis por força de suas convicções de crença religiosa. O paternalismo

---

[162] As Testemunhas de Jeová recusam a transfusão de sangue com base numa interpretação das passagens bíblicas em que a hemoterapia seria proibida pelas Leis Divinas, sendo que a utilização dos hemoderivados já é consentida. Contudo, não raro os Tribunais se pronunciam sobre o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade de crença. Assim, é interessante a hipótese concreta apreciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, destacando-se nos argumentos referidos no Acórdão a capacidade auto-determinação do doente.: "É inegável que o objeto da irresignação recursal envolve valores constitucionais que necessitam de avaliação prudente, sob pena de institucionalizar-se uma relação ditatorial entre o Estado e o cidadão que titulariza uma série de prerrogativas consideradas fundamentais pela Constituição da República. Com efeito, a vida humana é um bem jurídico que não pode ser desprezado e é tratado como direito fundamental, mesmo porque precede o exercício de quaisquer outros direitos, haja vista a tutela recebida no âmbito penal. Não há como deixar de reconhecer, em princípio, que associado a este bem, dele deflui a dignidade da pessoa humana, um dos valores que orientam a República (art. 1º, III). Dentro deste contexto, é preciso considerar que a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida. Aparentemente, a direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. Faço esta observação, porquanto a recepção de sangue pelo seguidor da corrente religiosa Testemunhas de Jeová o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar que acaba por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes. Cria-se, portanto, um ambiente no qual a pessoa é tida como religiosamente indigna e que não merece a necessária acolhida em seu meio, como descrito em doutrina. É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopese o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima. (TJ/MG – Agravo n° 1.0701.07.191519-6/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, data de publicação: 04/09/2007.)

[163] Sobre o tema, ver: KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: direito a vida em oposição a liberdade religiosa; o caso dos pacientes testemunhas de jeová internados em hospitais públicos. *ESMAPE* Noticias, Recife, v. 6, n. 12, 2006, p. 18-21. E, também, SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. Themis. ***Revista da ESMEC***, Fortaleza, v. 3, n.1, p. 323-338, 2000. Disponível em: <http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V3-N1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2011.

[164] Tradicionalmente, este tipo de liberdade de consciência recebe o nome de objeção de consciência, tema caro aos estudiosos do direito penal, como elemento de exclusão da culpabilidade. Neste sentido: "(...) o fato de consciência constitui a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede sua valoração como certo e errado e, portanto, o julgamento do fato de consciência deve se reduzir à correspondência entre conduta e mandamentos morais ou religiosos da personalidade, limitados exclusivamente por outros direitos fundamentais e coletivos" SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2005.p. 260.

é reduzido face à garantia de direitos fundamentais como a liberdade de crença, considerada como um dos embasamentos constitucionais deste tipo de autonomia sobre o corpo.[165]

O exemplo da objeção de consciência[166] no caso apresentado é relevante também por outras duas razões: a primeira é a intervenção do Estado na autonomia individual quando são postos em questão os limites relativos a terceiros, e a segunda é sobre a integridade psicofísica como conceito uno e indivisível.

De acordo com as restrições da autonomia por razões de consciência, assinala-se que independente da liberdade de escolha e das suas íntimas convicções, o sujeito não pode fazer do exercício de sua autonomia um risco à esfera jurídica de terceiros. Assim, no exemplo apresentado sobre a recusa de tratamento médico de Testemunha de Jeová, convém assinalar que a objeção de consciência[167] da mãe não é capaz de conferir o corpo do filho como campo de sua própria autonomia, de modo que o tratamento médico deverá ser implementado, sob pena de abuso de poder familiar – tema que será explorado no último capítulo desta tese.

Do mesmo modo, reconhece-se o direito de objeção de consciência de qualquer pessoa a negar a prática do aborto por motivos morais, que em sua maioria refletem convicções religiosas de respeito à vida desde sua forma embrionária que impedem a atuação do profissional. Todavia, o limite de consciência relativo à esfera de proteção

---

165 A postura paternalista forte nesses casos é criticada fortemente por Muñoz Conde: "não creio que o problema deva sequer colocar-se quando a recusa da transfusão provenha do próprio paciente, se adulto e no pleno uso das suas faculdades mentais, pois neste caso trata-se simplesmente do exercício legítimo do direito de dispor do próprio corpo através do consentimento, que é pressuposto de qualquer tipo de intervenção médica; por isso, parece-me especialmente infeliz a prática levada a cabo em alguns hospitais espanhóis de pedir a autorização para a transfusão ao juiz de turno, quando o médico considere que é necessário e urgente para salvar a vida do paciente e este se nega a admiti-la. Especialmente preocupante é esta atitude porque, além de violar o direito fundamental à liberdade de consciência, pode violar também o direito do paciente a escolher a forma de tratamento que lhe pareça mais conveniente, já que, como o demonstram os casos de contágio de SIDA devido a transfusões de sangue, pode a recusa basear-se em critérios médicos puramente objetivos e razoáveis". MUÑOZ CONDE, Francisco*., A objeção de Consciência em Direito Penal*. Tradução Eduardo Maia Costa*.* In *Revista do Ministério Público,* número 69, 1997, p. 103.

166 Segundo José Carlos Buzanello, a objeção de consciência é uma modalidade de resistência de baixa intensidade política (negação parcial das leis) e de alta repercussão moral. O que a objeção de consciência reclama é a não-ingerência do Estado em assuntos privativos da consciência individual, que se confunde também com a dignidade humana, agora solidificada como princípio constitucional (art. 1º, III, CF). Objeção de consciência: uma questão constitucional. BUZANELLO, José Carlos. *Revista de Informação Legislativa*, vol 38, nº 152, p. 173-182, out-dez de 2001.

167 De acordo com a lição de Ramón Soriano, "La objeción de conciencia es así una forma de la libertad ideológica de la persona, que consiste en la excepción justificada del cumplimento de un deber jurídico colisionante con los dictados de la conciencia individual.". SORIANO, Ramón. *La Desobediencia Civil*. Barcelona: PPU, 1991.p 45.

jurídica alheia a do titular da objeção determina que em situações de emergência, onde há risco de vida para a gestante, ou seja, no caso do aborto necessário, a recusa à prática do aborto acarreta o crime de omissão de socorro.[168]

Com efeito, o paternalismo perde espaço para as convicções pessoais nesses casos não só por se tratarem de hipóteses de exercício da liberdade assegurados constitucionalmente, mas também porque representam situações de conflitos verdadeiramente existenciais. Nestas situações, a observância do dever jurídico de preservação da integridade física (como pressuposto necessário à continuidade da vida) significaria uma violação da ordem psíquica, de onde se conclui que esses espaços de liberdade, quando violados, são punidos com os aspectos subjetivos da própria personalidade.

A esse respeito, há aspectos importantes que devem ser problematizados, como a amplitude da tutela jurídica dos valores que orientam o agir individual. Com efeito, trata-se de um campo de fortes controvérsias, sobre o qual convém abordar nesta parte do trabalho apenas o necessário para estabelecer os limites intransponíveis traçados no texto constitucional para que a autonomia seja abordada no próximo capítulo com algumas noções já aclaradas.

A primeira delas se refere à capacidade que o sujeito possui para tornar válida a sua vontade, ou seja, cuida-se da aptidão jurídica para exercer em nome próprio os atos de autonomia existenciais. Já a segunda noção está presente na impossibilidade de, ainda que o sujeito seja capaz para realizar os atos da vida civil, investir aspectos da sua personalidade de dimensão mercantilizada, ou em outras palavras, ainda que o querer seja juridicamente válido não poderá o sujeito tratá-lo como coisa, como algo que tem preço.

Assim, a capacidade é a regra geral da qual a incapacidade é a exceção.[169] A capacidade está intimamente ligada ao discernimento, ou seja, à possibilidade de entender

---

[168] Isso por força da combinação dos artigos 128 e 135 do Código Penal:
Aborto necessário**:** Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Omissão de socorro: Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

[169] Assim: "O ordenamento jurídico predetermina que os portadores de certas deficiências e enfermidades, que afetam a consciência do sujeito, e os menores de dezesseis anos são pessoas que não tem discernimento, mesmo que no caso concreto tenha ocorrido diversamente, e que precisam ser tuteladas por outros. Algumas pessoas têm o discernimento reduzido e são consideradas pela lei como 'relativamente incapazes', isto é, são incapazes apenas relativamente a certos atos da vida civil, mas não a todos eles. Como, em tais hipóteses, a liberdade individual está sendo restringida, todas as hipóteses de incapacidade são excepcionais e previstas taxativamente em lei." BODIN DE MORAES, Maria

e de querer. Com efeito, o discernimento é concebido em escalas, de modo que aquele que o possui por completo será capaz, enquanto aquele que tem o discernimento reduzido será relativamente incapaz e aquele completamente despido de discernimento será absolutamente incapaz.[170]

Deste modo, por exemplo, aqueles que sofrem de debilidade mental grave não possuem discernimento para definir os rumos da sua própria vida, nem tampouco podem assumir a responsabilidade das suas decisões. Nestes casos, cumpre ao direito a tarefa de proteger o ser humano de sua própria incapacidade, uma vez que lhe falta a aptidão para assimilar e avaliar as informações necessárias. Como observa Maria Celina Bodin de Moraes:

> O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Como seres racionais, a não ser por circunstâncias excepcionais – tais como as mencionadas –, somos "capazes" de raciocinar, refletir, decidir, enfim, de fazer nossas próprias escolhas. Quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos[171]

A capacidade está ligada a outra noção de igual importância: a responsabilidade. Isto significa que a pessoa capaz de discernir será responsável pelas suas escolhas, devendo suportar e assumir as consequências negativas que porventura venham a ocorrer.[172] Desta forma, os sujeitos privados de capacidade não serão responsabilizados

---

Celina. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 332.

[170] Conforme disposto no Código Civil de 2002:
Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

[171] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente — O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 322.

[172] Determinadas condições do indivíduo podem ser consideradas, para o Direito Penal, doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nessas situações o agente não possui a capacidade de compreender o injusto do fato, ou de agir conforme essa compreensão. A total ausência, no momento do fato, tanto da capacidade de compreensão, quanto do agir conforme esta compreensão, faz com que o agente seja considerado absolutamente incapaz. Na responsabilidade penal, a incapacidade como causa de exclusão da imputabilidade é de indispensável comprovação, no caso concreto, da impossibilidade de

diretamente pelos danos oriundos de seus atos, que deverão ser imputados à figura do curador. Ao que interessa diretamente sobre o tema em questão, importa salientar que todo agente capaz de discernir será responsável pelos seus atos e, deste modo, sua manifestação de vontade será legítima e salvaguardada pelo direito, nos limites de sua esfera de atuação.

A capacidade tratada pelo código civil é de viés puramente subjetivo, ou seja, o discernimento do sujeito para realizar por si próprio os atos da vida civil e, consequentemente, ser responsável pelas conseqüências que deles se originam. Assim, as vedações que têm como base uma imaturidade genérica para gerir tais espaços de liberdade inscrevem-se sob a rubrica de mecanismos paternalistas implementados de forma abstrata e universal pelo legislador ordinário, como acontece no caso do Código Civil.

Todavia, há situações em que a vontade do sujeito capaz não só é insuficiente para constituir o exercício da autodeterminação pessoal, como deve ser afastada, sob todas as hipóteses, dos regimes das liberdades individuais juridicamente tuteladas. É o caso, por exemplo, da mercantilização do corpo ou de partes dele, seja com o objetivo flagrante de obter lucro com a prática comercial, seja com a utilização do corpo para garantia do próprio sustento. Em tais casos, as formas de intervencionismo estatal não são tomadas pelas características negativas tradicionalmente imputadas ao paternalismo jurídico, mas ao contrário, devem ser reverenciadas como mecanismos de garantia para a efetivação da autonomia existencial.

Observe-se que nessas situações, a capacidade do sujeito é aspecto absolutamente irrelevante, pois o limite legítimo à autodeterminação se dá não só pela natureza *res extra commercium* do corpo humano, mas principalmente pelos imperativos de solidariedade que garantem sua dimensão social a salvo das práticas predatórias de mercado. Assim, como observa Stefano Rodotà:

> Rechaçar o paternalismo do legislador, afirmando que ele não deveria substituir-se à vontade de quem decide vender um rim para buscar

compreensão e de autodeterminação do agente. Assim: "É preciso que se comprove que essa *inimputabilidade*, no caso concreto, é a causa de absolvição, ou seja, que a inimputabilidade é o fundamento da absolvição. (...) será preciso que a absolvição decorra exclusivamente da inimputabilidade do agente, e não de uma causa justificante ou exculpante de outra natureza." BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: volume I.* São Paulo: Saraiva, 2003.
p. 314. Há, ainda, outras causas biológicas que podem excluir a capacidade de culpabilidade, como a embriaguez completa e acidental (art. 28, II, § 1.˚, CP) e também a embriaguez patológica, que, por assemelhar-se à psicose, deve ser tratada juridicamente como doença mental (art. 26, *caput*, CP).

> melhores condições de vida para si ou para outros, significa encarcerar ainda mais ferozmente cada um nas dificuldades da própria existência, sem esperança de resgate além daquela que o obriga a perder, junto com partes do corpo, o respeito a si mesmo, em uma situação de total abandono social.[173]

O exemplo utilizado por Rodotá torna clara a importância de se considerar que alguns atos de intervenção na autonomia devem ser reverenciados como instrumentos de concretização dos valores constitucionais de emancipação pessoal. O exemplo da venda de partes do corpo humano e a legitimidade da proibição de tal conduta é também relevante por outra razão: trata-se de ato de autonomia que repercute diretamente na sociedade, causando séria ameaça de lesão a direitos de pessoas que não necessariamente podem ser concretamente identificadas. Assim, ainda que a pessoa que pretende vender um de seus órgãos não apresente condição de vulnerabilidade social, tal ato de autonomia deverá sofrer restrições, vez que alteraria o modo de acesso a um bem fundamental, criando um mercado inacessível aos sujeitos que não tivessem condições de arcar com os custos – certamente não baixos - do comércio de órgãos humanos.

No direito brasileiro, especificamente no direito civil, a tensão entre autonomia e paternalismo é verificada no conflito entre o primeiro e o último artigo do rol de direitos da personalidade. O dispositivo que inaugura o capítulo dedicado aos direitos da personalidade é o artigo 11, cujo conteúdo expressa algumas das mais tradicionais características dos denominados direitos da personalidade, a indisponibilidade, assentada nos seguintes termos:

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.

A terminologia empregada no enunciado normativo demonstra com clareza o que pode ser considerada uma intervenção paternalista injustificada. Em abstrato, o artigo da indisponibilidade atrela a autonomia existencial à atividade legislativa prévia, de modo que não deve haver limitação voluntária de direitos da personalidade a não ser quando

---

[173] RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 96. Tradução livre do original: "Respingiere il paternalismo del legislatore, che non dovrebbe sostituirsi alla volontà di chi decide di vendere un rene per procurare migliori condizioni di vita a sé o ad altri, significa imprimigionare ancor più ferocemente ciascuno nelle difficoltà della propria esistenza, senza speranza di riscatto che non sia quella che lo obbliga a perdere, insieme a parti del corpo, il rispetto di sé, in una situazione di totale abbandono sociale"

expressamente permitidos por lei. Esses termos se encontram em franco desacordo com os postulados que fazem da personalidade um desdobramento da cláusula geral da dignidade humana. Isso porque estabelecer que as limitações voluntárias só sejam lícitas nos casos previstos em lei significa ignorar que as variadas dimensões da personalidade não podem ser taxativamente elencadas em um diploma legal. As respostas do legislador, neste ambiente, devem ser marcadas pela contingência, provisoriedade e prudência, sem, contudo, abandonar o imperativo da proteção da dignidade humana.[174]

Outra razão para reforçar este raciocínio está no fato de que são inúmeras as implicações jurídicas sem soluções positivadas que surgem a partir do progresso da atividade científica, da biotecnologia e da biomedicina. Não há como supor que o direito positivo, clausulado em artigos, parágrafos e alíneas da Lei Civil possa acompanhar a velocidade com a qual se desenvolvem os avanços nos campos científicos. Não sem razão, diversas demandas concernentes ao biodireito revelam os dilemas de uma evolução científica que torna realidade aquilo que há pouco tempo fazia parte somente das construções ficcionais.[175]

Além disso, a preservação da livre escolha do indivíduo na constituição de todos os aspectos de sua vida assume redobrada importância numa *law-satured society,*[176] na qual o direito se irradia pelos mais diversos aspectos da vida cotidiana, intervindo nas relações a fim de preservar o livre arbítrio, tanto na esfera pública quanto na privada. Ocorre, porém, que o intuito protetivo com o qual o direito se encarrega de regular o desenvolvimento da personalidade pode assumir um viés castrador da subjetividade, constituindo instrumento de interdição dos caminhos de livre desenvolvimento e realização pessoal. Não sem razão, Stefano Rodotà problematiza os efeitos da onipresença

---

[174] A atividade hermenêutica empreendida na análise do artigo 11 do CCB tratou de construir parâmetros razoáveis pelos quais devem se pautar os julgadores no estudo das situações concretas. É o caso dos enunciados aprovados pelas Jornadas de Direito Civil, como o de número 4, consagrado em 2002, onde se lê: "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". Posteriormente, na III Jornada, foi aprovado Enunciado nº. 139, cujo teor é, precisamente, que "os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes".Assim, o último Enunciado cuidou de revelar o conteúdo do artigo 11, dentro da idéia geral de superação do modelo tradicional de tutela da personalidade, aproximando-o ao sentido da proteção da pessoa em sua integralidade, cujas demandas são, na maior parte das vezes, insuscetíveis de serem encerradas em uma solução simplista, que se subsuma completamente aos dispositivos legais.

[175] LOPES ROCHA, Manoel Antonio. Bioética e Nascimento – O Diagnóstico Pré-natal. Perspectiva Jurídico-penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, faxc.2, abril-junho 1991,p.175/204 aponta a *manifesta insuficiência do quadro legislativo português face ao desafio do acelerado desenvolvimento médico-científico As ciência biomédicas evoluem muito rapidamente, impossibilitando a pretensão de legislar em termos definitivos.*

[176] RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 9

do direito nos mais variados campos da vida, e principalmente da vida privada, que fomenta uma verdadeira crise de legitimidade jurídica, tendo em vista que resulta desta inflação legal a quebra da funcionalidade do Direito. Assim:

> Uma exigência social oposta caracteriza o recurso ao direito quando encontra os "mundos vitais", a vida cotidiana, as escolhas que dizem respeito à existência. Nesta dimensão o direito pode se tornar o instrumento de ideologias ou religiões que querem impor determinados valores, como por exemplo, no tocante ao aborto, à contracepção, à reprodução assistida, à experimentação com os embriões, à eutanásia. De um modo mais geral, o direito pode ser considerado como elemento essencial de um "disciplinamento" global autoritário da vida, da "biopolitica" de que fala Michel Foucault. Mas nos últimos tempos multiplicaram-se os pedidos por parte da opinião pública de intervenções jurídicas visando regulamentar momentos da vida que deveriam ser deixados às decisões autônomas dos interessados, a sua personalíssima maneira de entender a vida, as relações sociais, a relação com o próprio ser. São os novos dados da realidade edificados pela ciência e pela tecnologia que mudam o sentido do apelo ao direito e as formas da regulamentação jurídica. Há uma difundida e persistente dificuldade social em metabolizar as inovações científicas e tecnológicas quando estas incidem sobretudo na maneira de nascer e morrer, na construção do corpo na era de sua reprodutibilidade biológica, na própria possibilidade de projetar a pessoa. [177]

Tendo isso em vista, como é possível assegurar que a incidência do direito nas relações privadas existenciais se dê de maneira efetivamente protetiva e não somente restritiva?[178] Como encontrar a medida para que a tutela da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro não se confunde com uma postura moralista por parte do legislador e nem mesmo dos intérpretes da lei? Como garantir o direito de autodeterrminação da pessoa dotada de autonomia efetiva e sensibilidade, que pondera os custos e benefícios de suas decisões?

A premissa que deve orientar esta reflexão sobre a legitimidade das restrições à autonomia existencial, à luz da legalidade constitucional, está na expansão da autonomia

---

[177] RODOTÀ, Stefano. Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf. Acesso: 12 de fevereiro de 2012

[178] Assim: "A humanidade, que até ontem vivia no amparo das leis da natureza, descobre lugares onde o irromper provisório da liberdade se revela insuportável. Revelam-se assim áreas da existência que deveriam estar sujeitas a normas, pois a liberdade de escolha, onde antes havia apenas o acaso ou o destino, assusta, apresenta-se como um perigo ou como um peso insustentável. Ao caírem as leis da natureza, o horror do vazio que elas deixam deve ser preenchido pelas leis dos homens. Na ânsia de simplificação, pede-se ao direito uma reação, não apenas uma regra mas a reconstituição de uma ordem que fora subvertida. Na nova ordem jurídica mundial assim, parece delinear-se uma tendência que quer ver o mundo da economia livre de normas externas e integralmente entregue às próprias lógicas internas e a regras de origem privada, enquanto a autoridade do direito se manifesta plenamente em matérias que, ao contrário, deveriam ser deixadas à livre escolha das pessoas. RODOTÀ, Stefano. Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf. Acesso: 12 de fevereiro de 2012.

privada com base na potência da noção de privacidade para garantir espaços para o exercício da liberdade de escolher os rumos da sua existência. Essa ideia foi apresentada e desenvolvida por Maria Celina Bodin de Moraes em artigo que se tornou emblemático sobre a tensão entre liberdade e paternalismo no contexto brasileiro:

> [...] no que se refere às relações extrapatrimoniais, o Código Civil, à luz de interpretação constitucionalizada, possivelmente regrediu. Com efeito, debate-se atualmente se, em virtude do mesmo princípio fundamental da proteção da dignidade humana, não derivaria, logicamente, uma expansão da autonomia privada no que se refere às escolhas da vida privada de cada pessoa humana? Ou seja, a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna, plenamente capaz, não deveria significar, pelo menos em linha de princípio, mais amplo poder de escolha sobre seus bens mais importantes?[179]

A autora indica os caminhos constitucionalizados que devem orientar o intérprete na tarefa de verificar a legitimidade das limitações impostas ao projeto de livre desenvolvimento pessoal. Para isso, parte da premissa de que no âmbito do capítulo dedicado aos direitos da personalidade, pode-se verificar um dispositivo que reconhece a necessidade de que a tutela da personalidade seja realizada em consideração à autonomia privada existencial. Trata-se da proteção ao direito à privacidade, consagrada no art. 21:

> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Mas no que consiste a proteção à privacidade? Verifica-se que, por influência do aumento do fluxo de informações, torna-se ainda mais complexo determinar a correta dimensão da privacidade no mundo atual. Desde a multiplicidade de novas formas de coleta de dados sobre a informação até o crescente movimento de penetração dos espaços privados pelo interesse público, não há outra forma de reconhecer a privacidade senão de maneira dinâmica. Isso porque, à medida que a noção técnica de esfera privada foi ampliada, tornou-se inevitável que o tradicional conceito de privacidade se tornasse obsoleto.

Deste modo, a privacidade relaciona-se com a esfera íntima da pessoa de diversas formas, desdobrando-se na individualidade, na liberdade, na autorepresentação de si, na liberdade de conformação pessoal, representando muito mais do que o clássico "direito a

---

[179] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.*). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371.

estar só".[180] No que se refere à proteção da esfera privada como espaço efetivo de liberdade destinado à realização das subjetividades, deve-se compreender que o direito à privacidade constitui elo fundamental para a garantia de proteção dos mais caros valores de um Estado Democrático de Direito.

Mesmo diante das indefinições que são peculiares ao tema, pode-se compreender a esfera privada como "conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter o controle exclusivo."[181] Consequentemente, afirma Rodotà, é possível tomar a privacidade como segundo "o direito de manter o controle sobre suas próprias informações."[182] Esta forma dinâmica de compreender a privacidade, aliás, é o único modo capaz de tutelar a integralidade da pessoa, haja vista que não se pode clausular em conceitos ou previsões normativas todos os aspectos pessoais que devam ser tutelados.

Dada a perspectiva apresentada, é imperioso reconhecer na privacidade um viés promocional, segundo o qual não se revela a proteção da pessoa apenas pelo dever de abstenção, segundo a lógica das liberdades negativas. Precisamente, trata-se de, a despeito de lesão ou ameaça, assegurar os espaços próprios à construção da esfera pessoal livre de ingerências privadas ou públicas. Nesse sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que, "no nível do Código Civil de 2002, deve se atribuir ao art. 21, interpretando-se a inviolabilidade da vida privada não como a tímida tutela do microcosmo da casa, mas como espaço inviolável da liberdade de escolhas existenciais".[183]

Diante desse raciocínio, além de não haver espaço para intervenções moralistas, toda e qualquer intervenção protetiva não pode suprimir do sujeito o espaço privativo destinado à realização das suas escolhas pessoais. Neste contexto de aproximação intensa

---

[180] A alteração da concepção da privacidade, ocorrida especialmente nas últimas décadas, e em sintonia com o sistema de proteção da personalidade, é claramente exemplificada na seguinte passagem: "Nesta mudança, a proteção da dignidade acompanha a consolidação da própria teoria dos direitos da personalidade e, em seus mais recentes desenvolvimentos, contribui para afastar uma leitura pela qual sua utilização em nome de um individualismo exacerbado alimentou o medo de que eles se tornassem o "direito dos egoísmos privados" [...]a proteção de dados na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora não proponíveis e induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranqüilidade, proporcione ao indivíduo os meios necessários para a construção e consolidação de uma esfera privada própria" – DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

[181] RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje. A vida na sociedade de vigilância.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[182] RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje. A vida na sociedade de vigilância.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[183] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.*). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.388

entre vida e liberdade, "o direito encontra uma discreta medida, através da qual esteja, talvez, nascendo um direito difuso e móvel [...] que pode paradoxalmente tornar-se instrumento de liberação de uma regra vinculante que pretende fechar a vida em uma gaiola jurídica." [184]

Assim, em síntese, é possível afirmar que as intervenções paternalistas serão aceitáveis de acordo (i) com o grau de restrição que apresentem à autonomia existencial, se forte ou fraco; (ii) se a pessoa a quem se dirige a tutela jurídica se encontra parcial ou completamente despida de autonomia em função da ausência ou redução do discernimento, e (iii) se o ato de autonomia praticado representa ameaça de lesão a terceiros ou à coletividade e por isso demanda a imposição de limites à autonomia existencial para evitar intensis prejuízos.

Estas considerações serão feitas tomando como norte, no direito brasileiro, a interpretação do artigo 21 do Código Civil como cláusula geral de tutela da pessoa na legislação infraconstitucional, a impor a proteção dos espaços destinados ao livre desenvolvimento da personalidade a salvo de ingerências jurídicas injustificadas.

Diante das ideias apresentadas, cumpre verificar de que modo a cláusula de bons costumes prevista pelo Código Civil de 2002 se insere concretamente no conflito entre a autonomia e o paternalismo. Para isso, o próximo capítulo é dedicado a mapear o conteúdo, os limites e as funções que podem ser atribuídas à cláusula como instrumento de limitação da autonomia de cunho existencial, o que é feito a partir de uma importante perspectiva da historicidade dos conceitos, a fim de tornar ainda mais claro o seu papel de instituto autônomo frente aos demais institutos moralizadores positivados pelo legislador de 2002.

[184] Tradução livre do original: Sta forse nascendo um diritto diffuso e móbile [...] che può paradossalmente divenire strumento di liberazione da uma regola obbligante che pretende di chiudere la vita in uma gabbia giuridica. RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole – Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 62.

# 2 Estrutura e função da cláusula geral de bons costumes à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

## 2.1. Bons costumes como instrumento tradicional de controle de comportamentos indesejados: a relevância da historicidade do instituto

Diante da já anunciada e necessária historicidade dos conceitos – marca da metodologia civil-constitucional adotada nesta tese[185] – destaca-se que os contornos de um conceito jurídico de forte conteúdo moral, como é o caso da noção de bons costumes, só podem ser corretamente verificados a partir da *diferença de circunstâncias*[186] entre o passado e o presente. Isso significa que o olhar crítico para o passado é fundamental para a compreensão da função atual dos bons costumes, mas não por uma preocupação de natureza meramente cronológica. Trata-se de analisar a o tema diante das peculiaridades que conformam a cultura jurídica brasileira e seus valores norteadores, decorrentes, sobretudo, da tradição romano-germânica e de mais de três séculos de vigência das Ordenações Filipinas e de seus ideais marcadamente medievais.[187]

---

[185] Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. BODIN DE MORAES, Maria Celina. "A caminho de um direito civil-constitucional". In: *Na medida da pessoa humana.* Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, t. I, 3ª ed. TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 e Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: Gustavo TEPEDINO (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

[186] De acordo com Eric HOBSBAWN, "A procura de precedentes realizada por advogados e burocratas é inteiramente orientada pelo presente. Seu objetivo é descobrir os direitos legais de hoje, a solução de problemas administrativos modernos, ao passo que para o historiador, ainda que interessado por sua relação com o presente, o que importa é a diferença de circunstâncias. Por outro lado, isso não parece esvaziar o caráter da cronologia tradicional. A história, unidade de passado, presente e futuro, pode ser algo universalmente apreendido, por deficiente que seja a capacidade humana de evocá-la e registrá-la, e algum tipo de cronologia, ainda que irreconhecível ou imprecisa segundo nossos critérios, pode ser uma mensuração necessária disso" *Sobre história.* São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 35. Essa descrição do advogado, feita pelo historiador, não se revela mais pertinente diante da postura crítica que o jurista deve adotar para, de fato, dar a devida relevância à historicidade dos institutos jurídicos. A diferença de circunstâncias deve ser a base do olhar crítico do jurista contemporâneo. Para uma análise mais aprofundada sobre a mudança dessa postura sobre a história e sua importância para a pesquisa jurídica, ver, especialmente, LEWICKI, *Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007, p. 09, também baseado na perspectiva anunciada por Eric HOBSBAWN.

[187] GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.03.

Ainda que a origem do conceito de bons costumes reporte aos *boni mores* romanos, não é exatamente desta fonte que podemos extrair um conteúdo substancial expressivo que oriente a investigação sobre a atual noção de bons costumes como cláusula geral. Através da utilização dos bons costumes, os antecedentes históricos romanos revelam, contudo, uma clara diferenciação entre as normas morais – controladas pelo censor – e as regras jurídicas, que eram confiadas ao pretor.[188]

O Digesto era repleto de ocorrências sobre bons costumes, com a mesma vaguidade que se tornou habitual nos códigos atuais. Sem definir o que seriam os bons costumes, os romanos apenas mencionavam genericamente várias hipóteses típicas que contrariavam os *boni mores*[189]. Não havia, naquele contexto, qualquer aproximação com o que hoje se considera como cláusula geral. Do mesmo modo, o Código Civil germânico – BGB – não trouxe referências aos bons costumes como cláusulas gerais. Na esteira do *Corpus Iuris Civilis,* o Código se ocupou de descrever hipóteses típicas de "de comportamentos considerados contrários aos *mores".*[190]

Ainda que naquele contexto histórico nada de muito revelador fosse esclarecido sobre o conteúdo e o alcance do instituto dos bons costumes, é possível afirmar que a força desse elemento moralizador no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi voltada para a interdição das liberdades. Vale dizer, a utilização da noção de bons costumes sempre foi feita no sentido de limitar a autonomia privada de cunho existencial[191], mesmo que essa limitação tenha passado pelo tempo sem levantar muitas polêmicas. Por isso é que não se

---

[188] MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p. 1210.

[189] As dificuldades na definição de conteúdos que impliquem recurso obrigatório a juízos de ordem moral já se apresentavam aos romanos, que "não definiam a imoralidade; apenas se encontram, espalhadas, sobretudo pelos *Digesta,* várias ocorrências típicas tidas por *contra bono mores."* MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p. 1210.

[190] MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p. 1214.

[191] A força normativa dos bons costumes sempre foi muito mais clara no âmbito penal, já que a construção da ordem jurídica burguesa no Brasil foi pautada por um intenso movimento de criminalização dos comportamentos indesejáveis, como aqueles consubstanciados pelas práticas de prostituição e outros tantos que representassem perigo as instituições tradicionais da moral vigente. Nessa mesma perspectiva, a polícia dos costumes, de origem francesa, constituiu-se no Brasil como aparelho estatal de fiscalização das liberdades primordialmente existenciais, de maneira que, como esclarece João Batista Mazzieiro, "Na virada do século, foi prática corrente do aparelho policial fazer com que prostitutas, vadios, mendigos e bêbados por hábito assinassem "termo de bem viver". Esse poder de polícia ainda se tornou mais pronunciado na lei 147, de 1902, que dizia que a polícia devia "ter sob sua vigilância as prostitutas, providenciando contra elas sem prejuízo do processo competente, da forma mais conveniente ao bem-estar da população e a moral pública". MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos - São Paulo 1870/1920. *Rev. bras. Hist.* 1998, vol.18, n.35, pp. 247-285. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102 01881998000100012&lng=en&nrm=iso>. Último acesso: 11.06.2012.

pode ignorar o potencial que essa categoria jurídica possui para se conservar cumprindo a mesma função em épocas históricas tão distintas.[192]

Como afirma MENEZES CORDEIRO, "antes da promulgação do BGB, havia já uma jurisprudência larga sobre a contrariedade aos bons costumes." Dentre as possibilidades de sua aplicação, destacam-se como comportamentos que afrontavam aos bons costumes "contratos referentes ao comércio sexual, a corretagem matrimonial, o pacto de não concorrência considerado excessivo, a adstrição, contra dinheiro, a um dever de não licitar, a condição a seguir certa religião e todo um ciclo de contratos referentes a bordéis".[193]

Por essa forte tradição jurisprudencial que antecedeu a promulgação do BGB é que a justificação de motivos do Código alemão adotou uma fórmula que agrega dois "fatores metajurídicos: a moral abstrata e o sentimento de decência"[194]. Assim, a utilização dos bons costumes deveria refletir as convicções das "pessoas médias normais" que pensam "équa e justamente", contextualizando o problema e considerando a necessidade de buscar a sua resolução na "consciência popular dominante".

Diante da ausência de critérios que pudessem orientar a aplicação concreta da noção de bons costumes, tanto para os romanos/germânicos quanto para os herdeiros de sua tradição jurídica, difundiu-se a ideia de que este instituto serviria aos anseios da população por comportamentos adequados, justiça e costumes socialmente aceitos. Tratava-se, ao que parece, de um recurso genérico à moralidade social, sem qualquer consideração sobre os valores que poderiam ser incorporados na atividade interpretativa envolvendo bons costumes.

Não sem razão, a recepção dos bons costumes no direito brasileiro seguiu a mesma receita: previsão legislativa cuja indefinição de conteúdo sempre serviu aos comandos conservadores de comportamentos sociais tidos como indesejáveis. No entanto, nossa

---

[192] Sobre esse ponto, é oportuna a observação de João Batista Mazziero sobre a construção do sistema de controle dos costumes no Brasil ao longo do século XX, exatamente como observa João Batista Mazzieiro: "O sistema de regulamentação policial tinha a nítida função de controlar a moral e a higiene. De um lado, tanto a moral quanto a saúde burguesa deviam ser preservadas, de outro, colocava-se a necessidade de defender a moral pública dos "escândalos e exibições" promovidos pela prostituição. Com relação à questão da saúde, a burguesia deve ser protegida da propagação de doenças venéreas. Para isto devia-se criar mecanismos através dos quais as prostitutas fossem forçadas a visitar obrigatoriamente hospitais. Considerava-se necessário desenvolver a "profilaxia da sífilis", julgada "moléstia social." MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos - São Paulo 1870/1920. *Rev. bras. Hist.* 1998, vol.18, n.35, pp. 247-285. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102 01881998000100012&lng=en&nrm=iso>. Último acesso: 11.06.2012.

[193] MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p.1217.

[194] ENEZES CORDEIRO, Antonio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p.1217

cultura jurídica[195] repleta de peculiaridades – a começar pela prolongada dependência legislativa das ordenações portuguesas - tornou ainda mais complexa a aplicação desse instituto e de qualquer outro que referisse a valores dentro do contexto brasileiro.

Até meados do Século XX, o direito civil brasileiro era fortemente impregnado pelos traços medievais presentes nas Ordenações, o que não significa, contudo, que tenha havido uma identidade absoluta com o direito português durante todo este período, que teve seu declínio a partir do Código Civil de 1916. Trata-se, na realidade, de um longo período de continuidades e rupturas[196] que colocou a legislação brasileira em um lugar bastante singular, inclusive em relação às demais culturas jurídicas da América Latina.[197]

A insuficiência das categorias jurídicas presentes nas Ordenações tornou-se cada vez mais evidente diante das inspirações iluministas do Século XVIII, ainda que a legislação do reino trouxesse mecanismos que a tornavam suficientemente maleável para ser duradoura.[198]Inevitavelmente, Portugal lançou mão de outros expedientes para tornar a legislação mais permeável aos ideais que ascendiam naquele período, como foi o caso da Lei da Boa Razão, um dos "marcos do despotismo esclarecido português", e dos novos estatutos universitários[199].

A Lei de 18 de agosto de 1769, que ficou conhecida como Lei da Boa Razão, revigorou o procedimento de preenchimento de lacunas, afastando a aplicação do direito canônico e tornando subsidiário o recurso ao direito romano, além de subordinar a sua aplicação à `"boa razão" dos jusnaturalistas.[200]Já os estatutos universitários, publicados em 1772,

---

[195] A esse respeito, vale ressaltar a posição de Miguel REALE sobre a cultura e sua relação com a história: "a é o sistema de intencionalidades humanas historicamente tornadas objetivas através da história, ou, por outras palavras, a objetivação e objetivação histórica das intencionalidades no processo existencial". REALE, Miguel. Paradigmas da cultura contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 03.

[196] SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 87

[197] Dentre os traços distintivos da cultura jurídica brasileira, destaca-se a ausência de um código civil ao longo do século XIX: "ao contrário de vários países da América Espanhola, no Brasil não ingressaram de modo avassalador as ideias de codificação, e, consequentemente, de ruptura com a realidade jurídica existente nos tempos anteriores à independência (ocorrida em 1822)". FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene. (org). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinariedades. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 109-111.

[198] Os mecanismos de preenchimento de lacuna remetiam ao direito romano e ao direito canônico. Por mais que esses expedientes caracterizassem a legislação portuguesa como duradoura – fato óbvio diante do tempo de vigência das ordenações do reino -, também evidenciavam a insuficiência desses mecanismos para acompanhar as transformações valorativas decorrentes do Iluminismo oitocentista. FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene. (org). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinariedades. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 112.

[199] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene. (org). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinariedades. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 112.

[200] De acordo com a própria lei, era preciso entender por "boa razão" as "verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido, e que o direito humano e divino

foram responsáveis por permitir uma revigorada ordem de ideias que influenciaram as mais jovens gerações de juristas, de modo que "se por um lado é verdadeiro que as ordenações mantiveram-se vigentes no Brasil, atravessando ainda todo o século XIX, não é menos verdade que sua aplicação, já no fim do século XVIII, não pode ser considerada incólume às influências do jusnaturalismo racionalista, que a moldou e tingiu com cores iluministas"[201].

Mas se a Lei da Boa Razão e os novos estatutos universitários representam uma certa descontinuidade no processo formação da cultura jurídica nacional, é preciso rememorar que no ano seguinte à independência do Brasil foi promulgada a lei que determinava a continuidade da vigência da legislação portuguesa de tradição colonial enquanto não fossem elaborados os códigos do direito nacional[202]. No caso do direito civil brasileiro, a codificação só veio muito tardiamente, com o Código Civil de 1916, e representou a mais relevante ruptura com o sistema português.

Enquanto a codificação em Portugal foi orientada pelos ideais oitocentistas que derivavam do jusnaturalismo racionalista em expansão, e flagrantemente inspirada no *Code Civil* de 1804, o Código Civil brasileiro, por sua vez, reproduziu as estruturas arcaicas da legislação da antiga metrópole,[203] adaptando-as à cultura jurídica nacional e aos interesses econômicos das elites locais – o que parece ter sido uma consequência

---

formalizaram, para servirem de regras morais para o cristianismo". FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene. (org). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinariedades. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 112

[201] Esta é a posição de Marcelo Fonseca, para quem não se quer sustentar que o advento dos novos instrumentos descritos "tenham representado uma ruptura definitiva com a tradição do "ius commune" ou que as referências à Acúrsio, Bártolo e ao direito canônico tenham desaparecido em Portugal e no Brasil desde então; indica-se apenas que a partir daqui existem resistências importantes na cultura luso-brasileira a tais referências que não podem ser ignoradas. FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene. (org). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinariedades. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113

[202] Lei de 20 de Outubro de 1823: "Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. "Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas."

[203] Como afirma Orlando GOMES sobre a crítica feita por Paulo LACERDA, quando entrou em vigor o Código Civil de 1916, em 1º de janeiro de 1917, "não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprindo, reparando e sustendo as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado, puído pela ação de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujos sacerdotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto, lidos ao lusco-fusco crepuscular da Lei da Boa Razão." GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.09.

natural do modo de composição de interesses pelo qual se deu a independência do Brasil.[204] A própria organização social da época, uma sociedade colonial sustentada pelo trabalho escravo, não permitia facilmente a entrada de todos os elementos axiológicos napoleônicos que influenciaram o Código Civil Português de 1967.

Marcado pelo privatismo doméstico,[205]o Código Civil brasileiro de 1916 incorporou princípios morais que suavizavam algumas tintas mais fortes do direito português, fazendo uso do que se convencionou chamar de "benignidade jurídica" típica do direito nacional, que seria o reflexo de um "sentimentalismo tão próprio do temperamento brasileiro".[206] Não havia, neste contexto peculiar, uma correspondência substancial entre a legislação brasileira e as opções axiológicas que marcaram a construção dos códigos modernos.

No entanto, ainda que os ideais oitocentistas não tivessem sido incorporados devidamente ao Código de 1916, é certo que a primeira codificação civilística brasileira foi construída de acordo com a estrutura metodológica dos códigos oitocentistas, erguidos como expressão do mais alto grau de abstração e conceitualismo, alheios a qualquer abertura que aproximasse seus dispositivos da realidade transformadora e da atividade interpretativa dos tribunais. Por isso é que já se assinalou que o modelo de código desta época determinou os contornos dos chamados códigos totais, "totalizadores e totalitários, aqueles que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada".[207] Essa pretensão de "plenitude lógica e completude legislativa"[208]demandava uma constante preocupação de ordem linguística, de modo que os códigos totais eram caracterizados por uma linguagem que visava a máxima precisão possível, como forma de afastar seus enunciados normativos de elementos metajurídicos – com é o caso dos valores. Não sem razão, no Código Civil brasileiro de 1916 constavam apenas quatro referências expressas à noção de bons costumes, enquanto se podia encontrar outros sete registros a noções genéricas de conteúdo semelhante, como "moral" e "imoral", e

---

[204] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene. (org). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinariedades. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 115

[205] GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.14.

[206] GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.14.

[207] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

[208] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, 117

nenhuma delas representava o que se denomina atualmente como cláusula geral, como se verá adiante.

A primeira das referências revelava a preocupação do legislador em respeitar o ordenamento jurídico nacional frente a possíveis ofensas aos bons costumes advindas de leis, atos, sentenças estrangeiras e disposições e convenções particulares.[209]A segunda ocorrência dos bons costumes na codificação de 1916 se manteve presente, em termos, no Código Civil de 2002, como se verá adiante no último capítulo desta tese, em item destinado ao exame da destituição o poder familiar. Tratava-se de enunciado destinado ao exercício e perda do poder familiar, àquela altura chamado de pátrio poder, que poderia ocorrer caso o pai ou a mãe praticassem atos contrários à moral e aos bons costumes.[210]

Já a última menção aos bons costumes podia ser encontrada no dispositivo destinado a regular as relações entre locador e locatário. Tratava-se de previsão de que atos contrários aos bons costumes poderiam configurar causa bastante para que o locador desse fim ao contrato, sendo que tais atos poderiam ser, de acordo com o inciso do art. 1226: III - Exigir o locatário do locador serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheiros ao contrato.

Na codificação de 1916 não havia clara menção aos bons costumes no mesmo sentido que se verifica no Código Civil de 2002. Não se tratava de cláusula geral voltada à abertura das disposições para os valores democráticos que devem orientar o intérprete na aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, isso não significa que a noção de bons costumes não operasse, à época, um forte controle social dos comportamentos nas relações privadas. O reduzido prestígio gozado pelos bons costumes no Código de 1916 era inversamente proporcional ao protagonismo que a cláusula adquiriu em diversas outras normas voltadas para a intervenção do poder estatal nas relações privadas, especialmente durante o regime militar brasileiro e seus mecanismos de controle da liberdade existencial.

Na realidade, 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

[209] Íntegra da disposição do CC16: Art. 17. As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

[210] Íntegra da disposição do CC16: Art. 395. Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I. Que castigar imoderadamente o filho. II. Que o deixar em abandono. III. Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Código de 2002 e aqueles que figuravam na legislação de 1916 é, precisamente, a diversidade de funções de cada um deles. Naturalmente, na ausência de uma Constituição democrática na qual se funde o controle de legitimidade do recurso aos valores jurídicos, qualquer dispositivo legal de conteúdo incerto acaba representando uma carta branca por demais perigosa na mão dos de seus intérpretes.

Nesse particular, torna-se especialmente relevante verificar como o recurso à noção de bons costumes foi capaz de embasar a censura nos períodos de ditadura e, inclusive, durante a abertura democrática. Como se disse, na ausência de uma Constituição democrática que permita o controle axiológico do ordenamento jurídico, os mecanismos legais que possuem conteúdo moralizante se tornam uma arma de grande potência para a manutenção de regimes antidemocráticos. Por isso é que os bons costumes assumiram papel destaque durante os períodos ditatoriais brasileiros, servindo de instrumento de controle social da autonomia existencial, em suas variadas manifestações.

No contexto do regime militar essa força da noção de bons costumes restou evidente, quando a autonomia privada existencial passou a sofrer interferências brutais por parte do Estado, desenhando uma das fases de paternalismo mais forte e injustificado, como se verá adiante. Assim é que ao longo do período ditatorial brasileiro, a censura, em especial a censura de imprensa, sofreu transformações de intensidade e mecanismos. A censura era a restrição dos comportamentos considerados indesejáveis, e isso englobava tanto manifestações artísticas e de pensamento, individuais ou coletivas, quanto o controle daquilo que poderia ser veiculado nos meios de comunicação. Independentemente do tipo e do modo como esse controle social era implementado, é possível afirmar que a censura moral na ditadura "se caracterizou como instrumento político composto por duas dimensões distintas, porém intrínsecas: uma dimensão saneadora e uma dimensão pedagógica."[211]

A dimensão saneadora da censura estava ligada à tentativa política de controlar os comportamentos sociais e políticos, eliminando dos meios de comunicação aqueles assuntos[212] que contrariavam aos interesses do governo. Como esclarece Adrianna

---

[211] SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. *Em defesa da moral e dos bons costumes: censura de periódicos no regime militar*. Dissertação de Mestrado em História Social, Programa Pós Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

[212] De acordo com Adrianna SETEMY, um dos mais emblemáticos exemplos desse mecanismo de censura era "as listas de proibições determinadas, emitidas pelo Ministério da Justiça a partir de solicitações de outros ministros ou membros do alto escalão do governo, contendo os temas que não poderiam ser divulgados pela imprensa (Ofício n. 002/73 – SIGAB/DG, de 16 de janeiro de 1973). A circulação destas listas era restrita ao âmbito do governo e a sua notificação aos órgãos de imprensa era feita através de "bilhetinhos" e telefonemas às redações (Normas para a censura aos meios de comunicação social, 1972)."

SETEMY, "Os temas preferenciais sobre os quais se aplicava a dimensão saneadora da censura eram os relacionados à política, cujas restrições deveriam ser feitas de forma disfarçada e negada para que não afetassem a imagem do governo, que se intitulava defensor da democracia, das garantias constitucionais e da liberdade de expressão."[213]

Ao lado da função saneadora, a censura também assumia uma importante função pedagógica, ou seja, havia uma nítida preocupação de cunho educativo, e não somente repressivo ou proibitivo. Por esse viés, a censura era feita às claras, contando com o apoio de importantes setores conservadores da sociedade civil, que aderiam à ideia de defesa da moral e dos bons costumes como necessidade de salvaguardar os valores, sobretudo os proclamados em nome da "tradicional família brasileira", diante das intensas transformações pelas quais passaram os costumes durante os anos 1960 e 1970.[214] As análises históricas apresentam a dimensão pedagógica da censura como um traço característico do paternalismo que dominava as ações do governo, uma vez que esse mecanismo era sustentado por uma visão bastante peculiar da sociedade civil , que seria

"(...) ingênua, despreparada e, portanto, facilmente corruptível por ideologias extravagantes, que visavam se infiltrar no Brasil por meio do ataque subliminar às suas bases morais e familiares, sendo a imprensa uma de suas principais portas de entrada. Diante disso, caberia ao Estado a tarefa de defender a sociedade "indefesa" diante de qualquer ameaça à moral e os bons costumes." [215]

De acordo com esse raciocínio, era preciso controlar o que poderia ser divulgado nos meios de comunicação sobre temas que envolvessem as relações familiares, como era o caso do controle de natalidade, da autonomia corporal e da emancipação feminina através

---

SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. Os dois lados da moeda: a censura de imprensa entre a repressão e a legitimação. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História. 2001, p. 07. Disponível em: http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adrianna%20Cristina%20Lopes%20Setemy.pdf. Último acesso: 04.12.2014

[213] SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. Os dois lados da moeda: a censura de imprensa entre a repressão e a legitimação. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História. 2001, p. 07. Disponível em: http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adrianna%20Cristina%20Lopes%20Setemy.pdf. Último acesso: 04.12.2014

[214] SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. Os dois lados da moeda: a censura de imprensa entre a repressão e a legitimação. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História. 2001, p. 03 e ss. Disponível em: http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adrianna%20Cristina%20Lopes%20Setemy.pdf. Último acesso: 04.12.2014

[215] SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. Os dois lados da moeda: a censura de imprensa entre a repressão e a legitimação. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História. 2001, p. 03. Disponível em: http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adrianna%20Cristina%20Lopes%20Setemy.pdf. Último acesso: 04.12.2014

do uso da pílula anticoncepcional e do divórcio. Para tanto, o sucesso desse mecanismo de censura era devido, como se afirmou antes, à adesão dos setores conservadores da sociedade, dentre os quais se pode destacar, por exemplo, a atuação do grupo das marchadeiras, como ficaram conhecidas as mulheres de classe média que marchavam nas "Marchas da Família, com Deus pela Liberdade". Com o apoio da Sociedade Brasileira de defesa da Tradição, da Família e da Propriedade - TFP, a marcha serviu como importante apoio ao golpe militar de 1964, com bandeiras contra o comunismo e em defesa da moral e dos bons costumes[216].

Assim, os dois grandes vetores da censura no Brasil durante o regime militar estavam voltados para o ambiente do jornalismo político e das diversões públicas – mais especificamente ligado à exibição de conteúdos artísticos.[217] Não por outra razão, um dos mais importantes instrumentos de controle social no regime militar era feito por meio da censura dos costumes que era executada pela DCDP - Divisão de Censura de Diversões Públicas. Ainda que a criação do órgão executor tenha sido anterior ao regime militar[218], datando precisamente de 1940, foi a partir de 1964 que a DCDP teve maior protagonismo na história antidemocrática brasileira.

O destaque para a censura dos costumes durante o regime militar se deu em virtude daquilo que ficou conhecido nas análises históricas como "associação imaginária entre imoralidade e subversão política"[219]. Isso porque os padrões comportamentais passaram a repercutir diretamente no plano político-ideológico, o que se tornou particularmente preocupante para os setores mais conservadores da sociedade brasileira. Por tal razão,

---

[216] A força desses setores conservadores da sociedade restou bastante diminuída após a abertura democrática. Mas a TFP continua representando a parcela da direita católica e conservadora, e conserva sua sede na cidade de São Paulo.

[217] Com dois enfoques distintos, a questão dos diferentes tipos de censura feitos durante a ditadura militar no Brasil pode ser aprofundada em: SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. Os dois lados da moeda: a censura de imprensa entre a repressão e a legitimação. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História. 2007, p. 03. Disponível em: http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adrianna%20Cristina%20Lopes%20Setemy.pdf. Último acesso: 04.12.2014 e Salvando a pátria da pornografia e da subversão: a censura de livros e revistas nos anos 1970. MARCELINO, Douglas Attila. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIII Simpósio Nacional de História. 2005. Disponível em: http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0278.pdf Último acesso em 11.10.2013

[218] A DCDP surgiu em 1940 para substituir um dos órgãos mais tipicamente autoritários, que era o Departamento de Imprensa e Propaganda do estado Novo.

[219] MARCELINO, Douglas Attila. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIII Simpósio Nacional de História. 2005. Disponível em: http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0278.pdf Último acesso em 11.10.2013

muitos segmentos da população ansiavam o recrudescimento das medidas de censura,[220] o que não tardou a ser incorporado às diretrizes governamentais.

Em 1967, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal no RMS n. 18.534/SP[221], cujo Relator era o Ministro Themistocles Cavalcanti. O caso, julgado em 1º de outubro de 1968, versava sobre a apreensão de mais de 230 mil exemplares da revista Realidade, que era publicada da Editora Abril. A apreensão foi determinada por um juiz de menores de São Paulo, com base na alegação de que a Revista continha publicação de natureza obscena, o que, segundo o magistrado, poderia ser constatado a partir da leitura das reportagens intituladas: "Sexo não tem nada de indecência", "Felicidade é possível sem o casamento" e "Devemos ser independentes a qualquer custo". A determinação de recolher os exemplares foi fundamentada no art.53 da Lei de Imprensa, e 1953, segundo a qual "Não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter obsceno, como tal declarados pelo Juiz de Menores, ou, na falta, deste, por qualquer outro magistrado."

O voto que se tornou mais significativo nesse julgamento foi o do Aliomar Baleeiro, que divergiu do Ministro Relator sobre a denegação da ordem por ausência de direito líquido e certo. Aliomar Baleeiro discordou do fundamento da denegação, que estava baseado na dificuldade de delimitar o que seria um conteúdo obsceno ou pornográfico, de modo que não existiria um critério objetivo para qualificar o material nos termos da Lei de Imprensa. Baleeiro chegou a concordar com a dificuldade de delimitar os conceitos de "obsceno" e contrário aos bons costumes, afirmando a

---

[220] A partir da análise das missivas enviadas ao DCDP, Douglas Marcelino refere que: "Entidades como a Congregação Mariana São Gonçalo, a Comunidade Católica de Jaú, o Movimento Católico de Promoção Moral, a Ação Católica Diocese de São Carlos, a Confederação Nacional das Congregações Marianas do Brasil, o Centro Bíblico Católico, a Fraternidade Eclética Espiritualista Universal, a Convenção Batista Brasileira, a Igreja Metodista Central em Jundiaí, a Comunidade Carismática do Paraná, a Comunidade Católica de João Pessoa, dentre outras, são alguns exemplos de organizações religiosas que pediram mais censura à censura através de cartas e abaixo-assinados." MARCELINO, Douglas Attila. Associação Nacional de História – ANPUH. Anais do XXIII Simpósio Nacional de História. 2005. Disponível em: http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0278.pdf Último acesso em 11.10.2013

[221] Ementa: " OBSCENIDADE E PORNOGRAFIA. I- O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. II- À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. III- A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles.", DJ:01.10.1968

relativização desses termos de acordo com o tempo e o espaço. Assim, sustentou o Ministro: "Seria mandado para um hospício de alienados o juiz que apreendesse, hoje, Madame Bovary ou denunciasse Flaubert, mas este, há um século, foi a julgamento.", e prosseguia afirmando que as Ordenações Filipinas, por exemplo, determinavam que os "sodomitas" fossem queimados a fim de apagar qualquer memória do "vício nefasto".

Mas apesar de concordar com o sentido essencialmente variável dos termos em questão, Baleeiro afirmava que *"o padrão moral do país é um só".* E de acordo com o voto ministerial, à época do caso enfrentado, era considerada "publicação evidentemente pornográfica, obscena ou contrária aos bons costumes, como tal a que visa inequivocamente a excitar a lascívia depravada e fere os padrões de decoro da comunidade, sem nenhum propósito de divulgação científica, artística, educacional ou literária." E a fim de dirimir futuras dúvidas sobre a configuração da obscenidade, Baleeiro propôs alguns critérios para enquadrar uma publicação no tipo previsto pela Lei de Imprensa. Assim, poderiam ser apreendidas, por ordem dos juízes de menores, publicações como a "historieta, a gravura, a película sórdida pelo assunto e pela linguagem, geralmente irreal e com tendências para a ênfase do anormal e do anômalo, seja exageração mórbida do natural, seja pela preferência voltada para o vicioso, o depravado, o pervertido, o acanalhado."

O Ministro Baleeiro trouxe algumas experiências de Cortes estrangeiras para afastar a ideia de que um material obsceno só poderia ser assim considerado após uma análise concreta dos mesmos diante das múltiplas possibilidades que o termo suscita. A mais impactante e que parece ter orientado o Ministro em seu voto foi o "teste de obscenidade", utilizado pela Suprema Corte norte-americana em diversos julgamentos feitos em diferentes épocas históricas. O teste foi utilizado pioneiramente no caso Roth vs. United States, de 1957[222], no qual se determinou que, a partir da compreensão do homem médio, um material poderia ser considerado obsceno caso fosse constatado um grau de apelo lascivo no tema dominante, o que deveria ser verificado no inteiro teor do

[222] O teste foi aprimorado em uma serie de casos subsequentes, dentre os quais se destaca, como explica Conrado Hubner, o caso *Memoirs,* que " estabeleceu um teste mais sofisticado, dividido em três exigências sucessivas: 1) que o tema dominante do material tomado como um todo apele para um interesse sexual; 2) que o material seja claramente ofensivo, porque viola padrões contemporâneos da comunidade; 3) que o material careça absolutamente de um valor social dignificante." MENDES, Conrado Hubner. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão.* Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf. Último acesso: 11.12.2014

material analisado. Caso constatada a obscenidade, o material não estaria protegido pela Primeira Emenda Americana.

"Homem médio" e "moral única de um país" são apenas dois dos tantos aspectos peculiares que foram apresentados pelo Ministro Baleeiro em seu voto. Evidentemente, não havia naquele contexto uma preocupação de cunho democrático, no sentido de contemplar a diversidade de costumes e as múltiplas visões de mundo. Ao contrário, tratava-se de momento delicado, no qual parte significativa da população, orientada por valores religiosos e de direita, se colocava a favor do endurecimento do controle sobre os costumes. Nessa ordem de ideias, o Poder Judiciário não ficou alheio aos novos desenhos institucionais de controle no regime militar.

A partir da ação daqueles grupos que apoiavam as medidas controladoras dos costumes, foi publicado, em 1970. O livro, "Em defesa da moral e dos bons costumes", de autoria do então Ministro da Justiça, Alfredo BUZAID. Na publicação, o Ministro do governo Médici apresentou uma das mais emblemáticas defesas teóricas do emprego do termo bons costumes para legitimar a censura no período ditatorial. Ao lado da produção teórica, foi durante a atuação de BUZAID frente ao Ministério da Justiça que houve a implementação da censura prévia de publicações, que também passou a ser incumbência da DCDP, através do o Decreto-lei 1.077, de 26 de janeiro de 1970.

A primeira razão levantada por BUZAID em seu livro para a proibição de comportamentos, na sua visão, contrários aos bons costumes foi encontrada no campo da medicina. É interessante notar como a temática assumiu, tanto na obra autoral quanto nas diretrizes de governo executadas pelo autor, ares de questão de saúde pública. Para ilustrar seu raciocínio, BUZAID transcreve a ata do importante Congresso de Medicina, sediado na cidade de Paris, em maio de 1908, na qual se chegou à conclusão de que a medicina condena tais atos por "seus efeitos deletérios sobre as pessoas e as nações": "Os votos emitidos pelo Congresso são de reprimir: 1º a fabricação e a posse de escritos, desenhos ou objetos ultrajantes aos costumes; 2° A oferta e a venda, ainda que não pública, desses mesmos escritos, desenhos e objetos. Convém um entendimento entre os diversos países para a comunicação dos documentos e informações necessários, a fim de que cada Nação possa perseguir os culpados domiciliados em seu território"[223]

Essa velha associação entre a medicina e o direito é bastante comum e se faz bastante presente ainda hoje, sobretudo no plano das demandas que envolvem o biodireito

[223] BUZAID, Alfredo. Em defesa da moral e dos bons costumes. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1970, p.07.

e a bioética. E o recurso à medicina feito por BUZAID revela uma associação patologizante, em razão da qual os comportamentos indesejáveis - porque contrários à moral e aos bons costumes - são tidos como sérias ameaças à saúde da coletividade, demandando, inclusive, uma cooperação internacional para combatê-los.

Ao lado da questão médica, Buzaid levantava a proibição de atos atentatórios à moral e aos bons costumes que era feita no plano do direito penal[224], mas, principalmente, reforçava seus argumentos com base na já referida associação imaginária entre os comportamentos considerados pervertidos e o comunismo. Na tentativa de persuadir seus leitores pela força da empiria, Buzaid levantava o contexto Francês de 1968 como exemplo mais claro e evidente da força corruptiva de um comportamento contrário à moral.

Já o exame da questão no plano constitucional permite afirmar que o discurso de defesa dos bons costumes, através dos meios de comunicação e de outros mecanismos, esteve presente durante praticamente todos os textos constitucionais brasileiros, [225] sobretudo durante os períodos ditatoriais. Na Constituição de 1834, foi empregado para limitar a autonomia familiar e ao mesmo tempo religiosa, tendo em vista que o casamento celebrado por ministro de confissão religiosa que atentasse contra os bons costumes não seriam válidos. Assim, naquele contexto histórico, apenas as celebrações feitas na Igreja Católica eram habilitadas e produziam todos os efeitos do casamento civil.[226] De acordo

[224] Tempos depois a tutela penal dos bons costumes seria reforçada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em julgado sobre a prática da prostituição e alguns pedidos de Habeas Corpus preventivos para que as meretrizes não fossem prezas no exercício de suas ocupações. Assim, " A recusa de salvo conduto a prostitutas para a prática do "trottoir" não constitui negação de direito constitucionalmente assegurado. No ordenamento jurídico vigente, que coíbe certos atos contra a moral e os bons costumes, não pode o "habeas corpus" erigir-se em "alvará" para a prática da prostituição ostensiva." (RHC 59518, Rel.; Min. Cordeiro Guerra. Tribunal Pleno, j: 26/08/1982, DJ 17-12-1982 PP-03202

[225] Sobre essa perspectiva constitucional, vale ressaltar que na Constituição Política do Império, de 1824, não era possível encontrar o termo bons costumes, ainda que, no mesmo sentido, se verificasse a presença do conceito "costumes públicos", que figuravam como limite à autonomia, nos seguintes termos: "XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, à segurança, e saude dos Cidadãos.". Já na Constituição de 1891, a noção de "moral" foi empregada no mesmo sentido de bons costumes, a fim de limitar o exercício de direitos garantidos pela carta, como se verifica no "Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 5º Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis".

[226] Os registros históricos indicam que, por conta da limitação de culto feita pelos bons costumes, os cultos africanos foram duramente perseguidos durante a Era Vargas, mas não só. Desde a década de 20, o candomblé era alvo de violência repressiva na Bahia. Sobre o tema: "Até o final da ditadura Vargas, assim como antes e pouco depois, a umbanda experimentou amargamente sistemática perseguição por parte dos órgãos policiais, como já experimentara o candomblé da Bahia durante a primeira metade do século, o xangô pernambucano nos anos 30 e o xangô alagoano praticamente dizimado nos anos 20." PRANDI,

com o texto constitucional, em seu art. 146, “O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.”

Na Constituição de 1937, o conceito de bons costumes assume destaque em passagens estratégicas. A primeira delas emprega bons costumes como usualmente se fazia durante o regime militar, ou seja, como limite ao exercício da autonomia de cunho extrapatrimonial ou existencial, pelo que a liberdade de culto era condicionada, nos termos do Art 122 “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”. Na mesma parte destinada aos direitos e garantias, a Carta Polaca se referia aos bons costumes como elemento legitimador da censura, como se pode ver nos seguintes termos: “A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;”.

Na Constituição de 1946, a menção aos bons costumes também foi feita na parte do texto destinada aos direitos e garantias, configurando-se como elemento limitador do exercício de liberdades existenciais, nos seguintes termos: Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei

---

Reginaldo. Modernidade com feitiçaria: candomblé e umbanda no Brasil do século XX. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 2(1): 49-74, 1.sem. 1990, p.54.

civil.". A Constituição de 1967 nada inovou sobre a temática, e seguiu o mesmo modelo, pelo que bons costumes também foram positivados da seguinte maneira, conjugado com a noção de ordem pública: "Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes."

Ao contrário das demais Constituições, a Constituição Federal de 1988 não apresenta qualquer menção aos bons costumes, muito menos qualquer instrumento de controle da liberdade religiosa como se fez outrora. No entanto, não se pode deixar de demarcar que essa ausência do termo bons costumes não foi consequência de um processo natural, mas sim produto de uma significativa tensão entre os setores liberais e os setores conservadores que faziam parte da Assembleia constituinte.

Durante o processo de abertura democrática, o termo bons costumes foi utilizado frequentemente na tentativa de manter fora do novo texto constitucional os mesmos assuntos tabus que outrora eram objeto da censura, mas não só. Da análise das atas das reuniões da Assembleia constituinte, verifica-se diversas passagens com referência a "costumes" ou "bons costumes", sendo a grande maioria delas localizadas nas discussões sobre a liberdade de imprensa. Isso decorre da já relatada utilização dos bons costumes como argumento legitimador da censura de imprensa – tanto na função pedagógica quanto na função repressora – durante os períodos mais duros da ditadura militar. A parcela mais conservadora dos membros constituintes - que formava a grande colcha de retalhos que foi a composição da Assembleia – constituía um bloco de apoio à manutenção da censura de imprensa, sob os argumentos de respeito aos costumes já consolidados na tradição jurídica e política brasileira, e de incentivo de costumes considerados bons e saudáveis para a população.

Naturalmente, tendo em vista a composição da Assembleia, o termo bons costumes foi empregado nas discussões das comissões, reiterada vezes, no seu sentido mais conservador, servindo ainda ao contexto antidemocrático no qual adquiriu maior relevância prática. Assim, por exemplo, o constituinte José Mendonça de Moraes, com expressiva base política em Minas Gerais, sustentava que as suas afirmações nas reuniões da Assembleia visavam a manutenção dos costumes sociais, sobre os quais não caberiam considerações sobre serem "bons" ou "maus", mas tão somente os costumes da sociedade brasileira vigentes à época. Assim, haveria, de acordo com a sua exposição:

[...] uma reclamação muito forte contra o excesso de liberalidade na televisão, nos programas humorísticos, nas novelas, principalmente contra os **costumes** brasileiros. Quero deixar claro que ao dizer "**costumes brasileiros**", não julgo se são maus ou bons. Trata-se, isto sim, do respeito aos **costumes brasileiros**. E quais são os **costumes brasileiros**, principalmente os de minha região? É de disciplina no trato de alguns assuntos, como, por exemplo, os que se referem à família, à liberdade do uso do sexo, à liberdade de expressão dos artistas. Há **costumes** brasileiros que devem ser preservados, e democracia é respeito à vontade da maioria. E a maioria da minha região tem-se manifestado contrária a essa libertinagem total que estamos tendo na televisão. (grifou-se)[227]

Na discussão sobre a admissão ou não da censura prévia de imprensa, o constituinte João de Deus Antunes suscitava a necessidade de coibir práticas ameaçadoras da moral e dos bons costumes, que haviam se tornado muito comuns por força da mudança cultural da população mais jovem. A esse respeito, a homossexualidade era destacada como um dos comportamentos mais ofensivos à moral vigente, razão pela qual a falta de combate às relações entre pessoas do mesmo sexo[228] representaria uma verdadeira causa de criação de "maus costumes."[229]

Ou seja, diante do claro sucesso do uso de bons costumes como principal elemento limitador da autonomia existencial durante a ditadura, os constituintes da base conservadora mantiveram esse elemento moralizador em seus discursos a fim de tentar conter, no novo texto constitucional, a inclusão da crescente diversidade de visões de mundo que decorria, sobretudo, da intensa mudança nos padrões culturais e costumeiros sofrida a partir da década de 1960. Não sem razão a seguinte passagem se tornou uma das

---

[227] E prossegue o constituinte, exemplificando o seu raciocínio com os programas de maior audiência na época: "Vou citar alguns exemplos. Há um programa de televisão, na emissora SBT, do Sr. Sílvio Santos, a partir da meia-noite, que um verdadeiro achincalhe à ética e à moral. Basta ligar a televisão num sábado para esse programa. Há um programa na TV-Bandeirantes, aos sábados também, que não tem nenhum limite: o ridículo é pouco para esse programa, onde tudo é permitido e tolerado. Há uma liberdade excessiva nos programas de televisão da Rede Globo, a despeito da beleza estética da apresentação, que foge à realidade da média brasileira. Padrões de vida são impostos à sociedade. Há luxo, há esbanjamento, há liberdade total para tudo, o que não encontra correspondência na realidade social. Há uma provocação, há um aviltamento daquilo que é **costume** brasileiro." Atas das Comissões da Assembleia Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p. 13

[228] Ainda é recorrente o recurso costumes nas decisões que versam sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, a utilização do termo tem sido acompanhada, na maioria das vezes, de considerações positivas quanto à aceitação das relações homoafetivas. Veja-se, como exemplo: "A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parelhas matrimoniadas." STJ, REsp 827.962, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j.:21.06.2011. DJ.: 08.08.2011. No mesmo sentido: REsp 889852 Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.: 27.04.2010. DJ.: 10.08.2010

[229] Atas das Comissões da Assembleia Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p.20 e ss.

mais emblemáticas dentre as diversas utilizações antidemocráticas do termo bons costumes nas atas da Assembleia:

Andam até tentando, em algumas partes do mundo – quem sabe se no Brasil, amanhã, teremos isso? – o casamento entre homossexuais, homem com homem, mulher com mulher. É nesta parte que o assunto nos toca. Quero dizer-lhe, nobre Relator, que não vim aqui para agradar uma minoria, não vim aqui para passar a mão na cabeça de dois ou três que vêm do Triângulo não-sei-do-quê, do Rio de Janeiro, integrantes desses movimentos diabólicos e pervertidos, tentar impingir no seio desta Constituinte a desmoralização da célula mater. Não estamos interessados na apologia dos desavergonhados, com seus trejeitos e requebrados. As prioridades somos nós que vamos dizer quais são. A moral, os **bons costumes**, a censura são prioridades. Porque uma nação depende da moral de seus filhos. Sodoma e Gomorra chegaram à podridão diante do nariz de Deus.(grifou-se).[230]

Um dos registros mais interessantes sobre a inserção dos bons costumes na Constituição Federal de 1988 se deve à discussão entre o constituinte relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, José Paulo Bisol, e o então constituinte Farabulini Junior. O embate se deu por conta a divergência sobre a adoção da censura estatal no texto constitucional, que, na visão de Farabulini, deveria ser feita para coibir "atos atentatórios ao pudor e aos costumes". Diante da insistência do constituinte para a inclusão desse mecanismo tão próprio do regime que se pretendia superar, o relator teceu importantes considerações que, pela natureza das indagações, interessam diretamente a presente investigação teórica. Assim, de acordo com José Paulo Bisol:

Já que vamos colocar isso na Constituição, vou formular uma pergunta: Quem vai definir o que é atentatório ao pudor ou não? Nem vai definir o que é pudor e bons costumes? O próprio Deputado Farabulini Júnior, quando defendia esta tese, mencionou o nudismo. Todos se recordam disso. Tenho a impressão de que a maior parte dos intelectuais brasileiros, pelo menos se não todos, respeita o nudismo enquanto produção de arte. E ninguém pode entrar numa Capela Sistina, no Vaticano, em Roma, se tiver preocupações com o nudismo, porque até os anjos estão nus e têm sexo. E só o masculino, porque convinha à época do Renascentismo. Pelo amor de Deus, vamos aprofundar neste ponto! Quem é que vai dizer o que é pudor? Tenho um livrinho aqui que resume, por classificação, as éticas existentes no mundo de hoje. Então, existe uma ética que é atodeontológica – está preocupada com o ato; há outra ética que é normodeontológica, outra que é a da utilidade, outra que é chamada de benemerência. Estão entendendo o que quero dizer? [231]

[230] Atas das Comissões da Assembleia Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p.21

[231] Atas das Comissões da Assembleia Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p.83.

A argumentação do Relator apresenta importantes pontos que já foram e ainda serão aprofundados nesta tese, a começar pela multiplicidade das visões de mundo que tornam tão difícil a compreensão do sentido de bons costumes. Para reforçar sua posição, Bisol recorre a exemplos de culturas estrangeiras para descrever a diversidade de costumes humanos e a dificuldade que cada povo deve sentir ao se deparar com costumes alheios aos seus. No entanto, bastaria constatar a dificuldade de consenso entre os próprios membros da comissão, representantes de bases políticas de todos os cantos do Brasil e de suas diferentes culturas. Em outras palavras, mesmo com a almejada abertura do regime ditatorial para a democracia, a liberdade existencial continuava sendo alvo de tentativas antidemocráticas de controle dos comportamentos sociais. Nesse sentido, vale a transcrição da segunda parte da fala do relator, segundo a qual seria impensável para qualquer brasileiro recorrer aos mesmos padrões morais que são considerados obrigatórios em outras realidades culturais.

> Existem éticas para toda as índoles e para todos os povos. Será toda as índoles e para todos os povos. Se nós pegássemos nossa mulher e passássemos uma graxa de peixe nela e a mandássemos para o quarto do nosso hóspede, estaríamos praticando uma inominável imoralidade. É ou não é verdade? Os esquimós fazem isso toda vez que têm um hóspede em casa! Eles passam graxa de peixe na mulher e mandam-na dormir com o hóspede. E ai do hóspede que não cumprir com a sua obrigação moral! Os muçulmanos podem casar-se sete vezes, e a única condição moral é que tenham dinheiro para isso. O dinheiro entra no Alcorão como um pressuposto ético do exercício da multiplicidade de matrimônios. Nós, aqui, consideramos que é um adultério quem pratica isso fora – se bem que, normalmente, a coisa se institucionalizou. Quero dizer que, em nome da ética, não pretendo obrigar ninguém a assumir a minha ética.[232]

No plano infraconstitucional pós-Constituição de 1988, o destaque da cláusula dos bons costumes se deu com o advento do Código Civil de 2002. O novo diploma, marcado pela visão culturalista de Miguel REALE, trouxe a inovação da linguagem como uma de suas principais características. As cláusulas gerais foram um importante caminho para a consagração desse giro linguístico.[233]A codificação de 1916 foi cunhada sob fortes debates plenários sobre a correção da linguagem a ser utilizada, de modo que se observou "uma preferência pela forma, em detrimento da matéria jurídica. Assim, ao mesmo tempo

[232] Atas das Comissões da Assembleia Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, p.84.
[233] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52 e ss.

em que o Código de 1916 tem uma impecável estrutura idiomática, possui erros crassos em matéria de técnica jurídica. Basta ver a confusão entre prescrição e decadência."[234]

Ainda que o Código de 2002 padeça de muitos problemas linguísticos – como é o caso da distinção entre validade e eficácia -, o fato é que sua elaboração foi guiada por preocupações maiores de cunho prático. Essa especial atenção sobre a conexão dos dispositivos legais do Código com a realidade pode ser desmembrada em dois vetores, segundo os quais (i) a linguagem deve ser clara e acessível para que as regras lá positivadas possam ser concretizadas nos diversos âmbitos de sua aplicação; e (ii) a linguagem deve ser projetada também para o futuro, de modo que a atualização dos sentidos normativos possa ser feita também pelo intérprete da lei, e não somente pelos seus elaboradores.

Essa projeção da linguagem para o futuro, aliada à preocupação de conservar diretrizes voltadas à segurança jurídica, afastou definitivamente o Código de 2002 dos códigos totais já referidos[235], aproximando-o da estrutura da Constituição Federal de 1988, vale dizer, um modelo estrutural que faz uso da linguagem aberta, através de conceitos indeterminados, e que, por tal razão, requer um ônus argumentativo ampliado por parte de seus intérpretes. Como afirma Judith MARTINS-COSTA, um código distante do modelo totalitário "tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais".[236]

Por isso é que as cláusulas gerais assumiram papel de destaque no Código Civil de 2002, sendo reverenciadas como importante mecanismo legislativo, voltadas para a melhor concretização dos enunciados normativos codificados.[237]Contudo, não se tratava

---

[234] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.53

[235] Como explica Judith MARTINS-COSTA, "No universo craquelé da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que nenhum modelo de código possa regular as relações jurídicas da vida privada." O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753. São Paulo, julho 1998.Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm. Último acesso: 02.01.2015.

[236] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

[237] De acordo com Judith MARTINS-COSTA, essa técnica legislativa da cláusula geral "conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards,* arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e

propriamente de inovação legislativa, vez que o presença[238] da técnica legislativa das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro já podia ser verificado desde a década de 70, quando se operou um importante movimento de abertura legislativa, quando o legislador se viu obrigado a recorrer a "critérios menos descritivos" para a elaboração de enunciados normativos.[239]

Esse movimento legislativo foi determinante no período que ficou conhecido como a "Era dos Estatutos", quando o surgimento de uma postura estatal mais intervencionista e assistencialista fragmentou a força do Código Civil de 1916 através da adoção de regramentos especiais para situações específicas e socialmente relevantes. A adoção da técnica de cláusulas gerais foi verificada naquele momento tendo em vista a necessidade de oxigenar a legislação anterior e sua tipificação taxativa.[240] Esse período que culminou com a elaboração da Constituição Federal de 1988 foi marcado, sobretudo, pelo Estatuto da Terra, Estatuto da Mulher Casada, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor.[241]

No entanto, a presença de cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro como técnica jurídica anterior no período que antecedeu a nova codificação não foi capaz de promover grandes impactos no cenário jurídico nacional[242]. Não se pode negar que foi no

---

políticas". MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

[238] Ainda que o destaque às cláusulas se deva à Era dos Estatutos, é importante esclarecer que a boa-fé já estava presente no Código Comercial de 1859, assim como no Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, como explica Gustavo TEPEDINO: "O Código Comercial brasileiro, de 1859, em seu art. 131, referia-se à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, não teve aplicação significativa até o advento do Código de Defesa do Consumidor. A positivação da boa-fé como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, em 1990, deu fundamento legal à adoção, no Brasil, da noção de boa-fé objetiva conforme construída pelos tribunais alemães e italianos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano. A boa-fé objetiva aparece, assim, a partir de então, como cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. Embora até o advento do Código Civil de 2002 fosse prevista apenas no Código Comercial e no Código de Defesa do Consumidor, sua ampla aplicação às relações empresariais, por obra da jurisprudência e da doutrina, revelou força expansiva capaz de permear toda a teoria contratual, conforme observado em outras sedes TEPEDINO, Gustavo As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 3ª ed., p. 232.

[239] NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, 2004, p.93

[240] Ao lado da adoção da técnica de das cláusulas gerais, a Era dos Estatutos apresentava outras importantes características, a saber: a linguagem mais simplificada, com vistas à garantia de maior efetividade das regras elaboradas e o emprego de normas de caráter mais promocional do que repressivo. A esse respeito, Cf. NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, 2004, p.95

[241] NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, 2004, p.95

[242] De acordo com Gustavo TEPEDINO, "Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e

Código Civil de 2002 que as cláusulas gerais encontraram um verdadeiro terreno fértil para o desempenho de suas funções, facilitando o processo interpretativo de incidência direta dos valores constitucionais sobre as relações privadas.[243]O cenário democrático que se desenhou a partir da Constituição Federal de 1988 parece ser, aliás, a razão pela qual as cláusulas gerais só passaram a gozar do merecido prestígio a partir do Código de 2002, ainda que já estivessem presentes no ordenamento brasileiro durante a vigência do Código de 1916. Isso porque a potencialidade da cláusulas gerais depende de um correspectivo axiológico que deve ser encontrado nos valores constitucionais[244]. Como explica Paulo NALIN, durante a Era dos Estatutos não havia condições para uma próspera utilização de cláusulas, já que:

[...] na ausência de uma legítima Constituição em vigor, faltava ao operador o necessário substrato axiológico para construir o sistema jurídico, uma vez que tais dispositivos de lei são destituídos de conteúdo descritivo e de valor. Assim, em hipótese exemplificativa, se a atual Constituição da República não trouxesse em seu bojo o valor da solidariedade, no inciso I, do seu art. 3o, como fundamento da própria República, com grande dificuldade tornar-se-ia eficaz o comando normativo do art. 421 do CC, alusivo à função social do contrato.[245]

Na mesma linha desse raciocínio, a Europa também enfrentou semelhante efetivação tardia das cláusulas gerais que já estavam incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Entre "abstracção empobrecedora e uma casuística acanhada", os legisladores escolheram o caminho do meio através da utilização das cláusulas gerais, que, inclusive, eram reverenciadas como "uma concessão do positivismo à

infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momentos. Entretanto, as cláusulas gerais, se utilizadas como nos códigos do passado, pouco contribuem para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas. Percebe-se aí a diferença fundamental entre a cláusula geral admitida pela Escola da Exegese – e proposta novamente por esta espécie de neoexegese que hoje se apresenta, na esteira do Projeto de Código Civil -, e a técnica das cláusulas gerais imposta pela contemporaneidade, que reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a ratio do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional." TEPEDINO, Gustavo. O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) Problemas de Direito Civil Constitucional. p. 10.

[243] Como sustenta Paulo NALIN, a cláusula geral é um verdadeiro facilitador da "necessária simbiose entre a normativa constitucional e a infraconstitucional" sendo "uma técnica para manter todo o sistema aberto e oxigenado" NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, 2004, p.92

[244] Assim é também a posição de Jónatas Machado, para quem, diante de uma noção vaga como a de bons costumes, ou seja, de um conceito jurídico indeterminado, "o sistema jurídico procura abrir-se cognitivamente às valorações axiológicas produzidas noutros subsistemas de acção social (cultural, religioso, moral, etc). MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.* Coimbra: Coimbra, 2002, pp.850.

[245] NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, 2004, p.93

autorresponsabilidade dos juízes". Na Alemanha, os registros históricos descrevem a maturidade da jurisprudência alemã para lidar com o preenchimento das cláusulas gerais de acordo com as novas demandas éticas e sociais que se instauraram no contexto europeu a partir da primeira guerra mundial, de modo que a técnica das cláusulas adquiriu uma função verdadeiramente inovadora após a segunda guerra mundial. [246]

Retornando ao contexto jurídico brasileiro, é preciso sublinhar que as menções expressas não esgotaram as possibilidades de cláusulas gerais no diploma de 2002, ou seja, não há necessariamente uma previsão taxativa desse mecanismo. E a esse respeito, cabe uma breve e importante consideração exemplificativa. Assim é que, no campo dos direitos da personalidade, sustenta-se a necessidade de tomar o artigo 21 como cláusula geral para a interpretação das demandas existenciais, sendo o dispositivo normativo que espelha e encontra sua justificação no comando constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque é a própria atividade interpretativa desenvolvida pelos tribunais e pela doutrina que será responsável pela identificação de dispositivos legais que tenham o potencial de exercer a necessária atualização no processo de construção da normatividade, transformando-se em verdadeiras cláusulas gerais.[247]

Todo esse processo de positivação de cláusulas gerais previstas pelo legislador como tais, e de elaboração de novas cláusulas através da atividade interpretativa, implica diversas considerações referentes à incerteza sobre o conteúdo dos enunciados normativos dessa natureza. De modo geral, as preocupações que rondam o tema dizem respeito à dificuldade de estabelecer os limites para a aplicação concreta das cláusulas gerais.

As incertezas são inafastáveis nesse campo, e não sem razão afirmou-se jamais ser possível elaborar um código civil exclusiva ou demasiadamente baseado em cláusulas

---

[246] A esse respeito, é oportuna a transcrição: "as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à "boa-fé", aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar" WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004, p. 545-546.

[247] Maria Celina BODIN DE MORAES sustenta a necessidade de se tomar a privacidade como elemento essencial para a interpretação dos direitos da personalidade, ou seja, como verdadeira cláusula geral. O tema será oportunamente aprofundado no último capítulo desta tese, em especial sobre a hipótese de previsão de bons costumes contida no art. 13 do Código Civil. Para uma visão detalhada da posição da autora, Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*?. Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim.*

gerais.[248] Mas o problema dos limites deve ser enfrentado através de uma investigação teórica que realize uma prévia demarcação semântica e conceitual da cláusula geral, antes de delinear precisamente os seus contornos. A questão é ainda mais dramática diante da insuficiência de esforços doutrinários que identifiquem corretamente a singular aptidão que a noção de bons costumes carrega para filtrar os valores constitucionais nas demandas privadas.

Assim, diante do objetivo assumido na presente tese, 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 através de 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

Na esteira desse raciocínio, torna-se imprescindível diferenciar bons costumes das demais cláusulas gerais presentes no Código Civil de 2002, assim como destacá-lo de outros enunciados normativos que apresentam conceitos indeterminados previamente pelo legislador. Por tais razões, os próximos itens deste capítulo são dedicados à diferenciação de bons costumes com relação à função social da propriedade e do contrato, aos costumes, à moral, à ordem pública e à boa-fé.

## 2.2. A cláusula geral de bons costumes e os demais institutos moralizadores do Código Civil

A aplicação concreta da noção de bons costumes é frequentemente acompanhada de outros institutos moralizadores que também são encontrados no Código Civil sob a forma de cláusula geral. A principal consequência desta confusão é o esvaziamento do potencial que o instituto carrega para realizar, autonomamente, a função tradicional de uma cláusula geral, vale dizer, permitir e ampliar a incidência dos valores constitucionais através da liberdade que a incerteza semântica confere ao intérprete.

É recorrente no âmbito das decisões judiciais a menção ao instituto dos bons costumes como sinônimo de ordem pública, boa-fé, costumes e função social. A impropriedade do emprego conjunto de tais elementos se torna ainda mais clara diante da

[248] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117-118.

ausência completa de esforço argumentativo por parte dos magistrados para justificar a utilização de cada um dos institutos. Sabe-se que o recurso a enunciados normativos que envolvam conceitos de difícil definição elevam o ônus argumentativo para o intérprete, de modo que a motivação das decisões judiciais em tais casos deve ser acompanhada de uma profunda e detalhada argumentação que demonstre claramente as razões utilizadas pelo intérprete para o preenchimento da cláusula geral.

Diante desse importante quadro de confusão teórica e de falta de critérios para a correta aplicação prática desses institutos, é preciso apresentar as causas dessa proximidade entre as cláusulas, e para isso o próximo item dessa tese se dedicará ao exame da estrutura das cláusulas gerais. Os itens subsequentes serão dedicados à análise da função de cada um dos institutos, de modo que se torne evidente os traços que diferenciam definitivamente bons costumes das demais cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

### 2.2.1. Estrutura das cláusulas gerais

A análise estrutural do direito, aplicada ao tema das cláusulas gerais, é orientada pelos seguintes questionamentos: o que é uma cláusula geral? Como é essa técnica legislativa? E ainda que haja importante corrente sustentando a irrelevância do perfil estrutural das cláusulas gerais,[249] é certo que este tipo legislativo é composto de uma série de peculiaridades que exigem um exame mais detido, de modo a tornar claros os contornos desta técnica que embasa a noção de bons costumes.[250]

Assim, na formulação de uma cláusula geral, a hipótese legal é elaborada "mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos[251], os chamados conceitos jurídicos indeterminados".[252] Usualmente dotada de um grau mínimo de tipicidade, neste tipo de cláusula a hipótese constitui tão somente uma

[249] Assim, "De facto, as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria". ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.208.

[250] Como esclarece Pietro Perlingieri: "É da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põe em torno ao fato. O 'como é?' evidencia a estrutura, o 'para que serve?' evidencia a função." *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 94.

[251] Acerca da noção de vagueza,

[252] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118-119.

moldura[253] do que será concretamente verificado como comportamento adequado ou não. Trata-se, portanto, de modelo estrutural absolutamente distanciado do que sempre se prescreveu como receita lógico-formal para alcançar no mais alto grau a segurança jurídica.

Nessa linha de pensamento, os conceitos jurídicos indeterminados seriam aqueles cujo "conteúdo e extensão são em larga medida incertos".[254]Incerteza e indeterminação que parecem ser, aliás, uma marca distintiva do direito, vez que "os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito."[255] Mas se em maior ou menor grau as regras jurídicas quase sempre remetem o intérprete para um terreno de indefinições, não restam dúvidas de que isso acontece com muito mais frequência no caso das cláusulas gerais – e isso, contrário de ser um ponto fraco, é justamente o ponto alto deste tipo legislativo.

Com essa característica marcante de não determinar pontualmente em seu enunciado a hipótese concreta,[256]a cláusula geral é frequentemente reportada como mecanismo que atua como "metanormas". Em outras palavras, a cláusula geral não regulamenta de modo claro e exaustivo as condutas e as consequências que visa a estimular ou evitar, de modo que remete o intérprete a um cenário de elementos que transcendem o conjunto normativo do Código Civil, tornando necessário o recurso a "tipologias sociais, usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social". Daí porque se pode afirmar que a cláusula geral é o enunciado normativo cuja estrutura permite "capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas notas específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal".[257]

Não sem razão, afirma-se que "legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato."[258]Deste modo, a cláusula geral é instrumento que confere maior autonomia ao aplicador direito, o que significa, por sua vez, uma série de receios sobre como será preenchido o seu conteúdo de maneira a impedir que o seu uso sirva a particularismos indesejados. Todavia, grande parte dos temores que cercam a questão podem ser afastados, tendo em

---

[253] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118

[254] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.208.

[255]

[256] CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.

[257] MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119

[258] PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 236

vista que "as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior".[259]

Nesse sentido, a vagueza da cláusula geral – inerente à utilização de conceitos de conteúdo indeterminado – é superada pelo recurso aos princípios que fundamentam a ordem jurídica, notadamente aqueles que se referem à proteção prioritária da pessoa em face do patrimônio, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. De acordo com esses argumentos, é possível referir, sobretudo a partir do perfil estrutural, que a cláusula geral pode ser definida como a técnica legislativa que, utilizando-se dos conceitos de conteúdo jurídico indeterminados, "consentem a concretização e a especificação das múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle de compatibilidade entre princípios e regras".[260]

Essas características são comuns às cláusulas gerais que são usualmente empregadas como sinônimos de bons costumes. Mas antes mesmo de enfrentar a relação de bons costumes com as demais cláusulas, é preciso verificar que a confusão conceitual vai muito além, chegando-se, não raro, a empregar indistintamente os conceitos de princípios gerais do direito, princípios, conceitos jurídicos indeterminados e costumes e bons costumes.

### 2.2.2. Uma grande confusão terminológica: bons costumes, princípios gerais do direito, usos e costumes.

Como já se afirmou antes, uma investigação teórica sobre uma categoria jurídica de forte cunho moral e intensa vagueza semântica como é o caso dos bons costumes, carece de uma prévia delimitação negativa. Só então, feitas essas considerações preliminares sobre aquilo que não é bons costumes, tem-se a possibilidade de aclarar efetivamente a noção de bons costumes e seus contornos de acordo com o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988.

---

[259] PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 239.

[260] PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 240

Assim, os próximos itens são dedicados à apresentação dos traços distintivos entre os bons costumes e os demais conceitos – que nem mesmo cláusulas gerais são - tradicionalmente empregados pelos tribunais como se sinônimos fossem.

### 2.2.2.1. Bons costumes e princípios gerais do direito

A importância dos princípios gerais do direito foi se intensificando nas últimas décadas, de modo que a sua função atual se distanciou fortemente daquela que lhe era atribuída no contexto jusnaturalista.[261] Hoje é possível constatar o protagonismo dos princípios em doutrina, tanto quanto nas decisões judiciais, e isso se deve, em grande parte, à incidência direta dos princípios nas relações privadas, como mecanismo imprescindível para constitucionalização do direito civil. E nesse sentido, a função dos princípios se torna ainda mais dinâmica, como esclarece Maria Celina BODIN DE MORAES:

> [...] não há, em qualquer ordenamento, um único princípio, mas sempre uma pluralidade deles, os quais, dialeticamente, devem ser combinados em relações de reciprocidade e de diferença. Por outro lado, cada regra pode, e deve, ser referida a um ou mais princípios, constituindo-se, dada a unidade do ordenamento jurídico, num modo de realização de algum princípio. O princípio conecta normalmente uma série de regras e, unificando-as na referência comum ao valor nele contido, a elas atribui sentido e direção.[262]

Mas a dinamicidade própria do recurso aos princípios decorre, também, da forma *sui generis* como figuram na ordem jurídica, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, nos quais convivem harmoniosamente princípios positivados e outra série de princípios que independem de qualquer iniciativa legislativa formal para existirem no ordenamento jurídico. E o Brasil se insere perfeitamente nesse modelo híbrido de princípios.

Assim, há princípios positivados no ordenamento jurídico, como é o caso da dignidade da pessoa humana, referida no art.1, III, da Constituição Federal de 1988, e do princípio

---

[261] Sobre essa paulatina transformação, vale a transcrição do seguinte trecho: "A ideia de "princípios gerais" tem raízes profundas no Direito. Sob a concepção jusnaturalista, os princípios eram tidos por emanações de um direito ideal, abstrato e metafísico; no contexto positivista, eram considerados fontes subsidiárias – como consta no art. 4º da ainda vigente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A fase contemporânea congrega a amplitude de conteúdo da primeira e a força normativa da segunda: na atualidade, os princípios ganharam hegemonia, convertendo-se na base normativa do ordenamento jurídico. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. **Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil.** a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/utilidade-principios/

[262] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. **Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil.** a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/utilidade-principios/

da solidariedade, presente no art.3, I, do mesmo texto constitucional. No entanto, a forma positivada não esgota as possibilidades de existência de um princípio. Como afirma Judith MARTINS-COSTA, há princípios que se situam em um plano pré-positivo, e que por essa razão não dependem de qualquer inserção expressa através de algum enunciado normativo. A justificação da aplicação destes princípios estaria "na natureza das coisas ou das instituições",[263] daí porque não careceriam de positivação expressa para serem vigentes no ordenamento jurídico. De acordo com esse raciocínio, há quem reputasse a boa-fé como um princípio geral do direito enquanto não gozava de positivação expressa no nosso ordenamento.[264]

O principal ponto de contato entre os princípios e as cláusulas gerais é, precisamente, a sua configuração semântica. Tradicionalmente, princípios e cláusulas gerais fazem uso de conceitos de conteúdo indeterminado, justamente para que seja possível atingir um número maior e irrestrito de hipóteses concretas. Longe de ser um defeito, a polissemia característica desses tipos normativos é exatamente o seu o ponto forte. Para delimitar corretamente cada um deles, é preciso percorrer o caminho que leva à função desempenhada por princípios e por cláusulas gerais.

No cenário democrático, e de acordo com a metodologia civil-constitucional, os princípios assumem o protagonismo do juízo de legitimidade que deve estar presente em qualquer aplicação concreta do direito, mas, sobretudo, quando se trata de elemento de forte teor valorativo. É justamente através do recurso aos princípios que o ordenamento se abre para superar o juízo de mera licitude ou ilicitude, infiltrando definitivamente em toda e qualquer disposição normativa, constitucional ou infraconstitucional, os valores norteadores da ordem jurídica.

Dito de outro modo, os princípios são responsáveis pela efetivação de uma função promocional que hoje é atribuída ao direito, desde que a função meramente repressiva que reinou até a Segunda Guerra Mundial se revelou insuficiente para tutelar as relações jurídicas entre particulares. Não por outra razão, afirma Pietro PERLINGIERI que "O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e

[263] MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa. Brasília*. A28, n.112., out/dez. 1991, p.20

[264] A esse respeito, ver MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. A28, n.112., out/dez. 1991, p. 20 e ss.

dos valores que o caracterizam. Por conseguinte, nem todo ato lícito é merecedor de tutela. A simples licitude exime, de regra, somente a responsabilidade" .[265]

### 2.2.2.2. Entre os bons costumes e os usos e costumes

É sabido, desde as lições introdutórias à ciência do Direito, que a prevalência de uma fonte sobre as demais é produto das circunstâncias históricas. Nos países de tradição jurídica romano-germânica, o protagonismo do direito costumeiro primitivo cedeu um pouco de seu lugar[266] à força das leis no direito romano,[267] mas é certo que a sua força como fonte do Direito é inegável até os dias de hoje.

Sobre o contexto jurídico brasileiro, é importante sublinhar a configuração peculiar dos costumes. Embora a primeira ocorrência da categoria jurídica dos costumes tenha se dado com o Código Comercial de 1850[268], é nas Ordenações que a utilização dos costumes adquire maior complexidade. Em virtude das ordenações do reino, especialmente por força da atuação de D. Afonso III, os costumes passaram a ser apreciados pelo rei, que teria a atribuição de separar os bons dos maus costumes. Naturalmente, a força do direito consuetudinário, nesse cenário, estava limitada, em última instância, pela função legislativa desempenhada pelo rei.

---

[265] A respeito desse mesmo raciocínio, Pietro PERLINGIERI explica que "Nem todos os fatos não conformes ao ordenamento são ilícitos, porque nem todo o ordenamento é composto de normas imperativas, de princípios de ordem pública e de bom costume. [...] Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional." *Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 92-93

[266] É relevante o registro de Marcos Ludwig sobre a relação entre o direito costumeiro e as leis no sistema romano, sobretudo em função da ligação dos costumes com a moral e a religião: "foi-se refinando nos últimos séculos do medievo uma teoria romano-canônica do costume, que de modo geral buscou controlar a força da normatividade espontânea. (...) isso ocorreu de duas maneiras principais: de um lado, pela necessária compatibilização dos costumes com uma *ratio* de fundo divino, de outro, pela cada vez mais frequente prescrição de requisitos formais que habilitavam à qualidade de diereito consuetudinário (consuetudo) somente aqueles usos (usus) e costumes (mores) que não desafiavam a *lex*". LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 48-49.

[267] Ainda que "nos primórdios do direito romano" o *ius civile* indicasse em primeiro lugar "o costume jurídico vigente em Roma". Ver, especialmente sobre o *ius gentium* e a aplicação dos costumes ao povo romano e àqueles que não possuíam cidadania romana, LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 36 e ss

[268] Cf. LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

Naquele contexto não havia, *a priori,* uma suficiente distinção entre costume e bons costumes. Bons costumes eram tão somente os costumes bons. Talvez venha das nossas origens portuguesas o hábito de empregar indistintamente os termos, como que à espera de que hoje o juiz – tal qual ontem era o Rei – distinga uma coisa da outra. Essa constante utilização indiscriminada de bons costumes como sinônimo de costumes tem como razão mais óbvia a proximidade de significados dos termos em seu sentido ordinário. No entanto, uma análise mais detalhada do Código Civil de 2002 permite distanciar de modo definitivo as duas categorias.

Os costumes jurídicos fazem parte de um conjunto cuja validade carece do reconhecimento de dois elementos, conjuntamente. O primeiro deles, objetivo, refere-se à constatação de repetição habitual de comportamento, de modo que se possa reputar determinada conduta como constante e uniforme. Já o segundo elemento, de ordem subjetiva, corresponde à verificação sobre a interiorização de determinada prática habitual, de modo que se possa afirmar com certo grau de segurança que há uma consciência social acerca da juridicidade do comportamento costumeiro.

A conjugação destes dois fatores - repetição e interiorização da juridicidade – constitui determinada prática reiterada como costume juridicamente válido no ordenamento jurídico atual. Como norma jurídica de origem consuetudinária, trata-se de fonte cuja vigência decorre justamente de sua eficácia, e não de elementos estáticos de validade, e que corresponde, por isso mesmo, a uma forma espontânea de criação do direito. Sua previsão concreta e individualizada não se encontra necessariamente nos dispositivos legais positivados na legislação brasileira,[269] havendo também a permissão

[269] Há importantes menções específicas aos costumes no Código Civil de 2002, que totalizam oito previsões expressas de aplicação dos costumes (Além da previsão do artigo 1.735, que refere aos crimes contra os costumes previsto pela legislação penal: Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena). São elas: Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja **costume** a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa; Art. 569. O locatário é obrigado: II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o **costume do lugar**; Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o **costume do lugar**, o tempo de serviço e sua qualidade. Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou **costume,** não houver de ser adiantada, ou paga em prestações. Art. 599. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do **costume do lugar**, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o **costume do lugar**, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza. Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o **costume do lugar**; Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as

genérica para que os costumes[270] sejam considerados como fonte do direito na ausência de lei específica sobre o tema.[271]

A esse respeito, a análise da técnica adotada pelo Código Civil de 2002, e especialmente a sua redação, indicam a necessária conclusão de que não houve qualquer intenção do legislador de utilizar costumes e bons costumes como sinônimos. E embora ambos os institutos sejam constituídos a partir de conceitos jurídicos indeterminados, não se pode sustentar uma imprecisão terminológica – como usualmente se aponta acerca dos conceitos de existência, validade e eficácia – envolvendo os dois termos, tendo em vista, inclusive, a localização absolutamente diversa e individualizada de cada uma delas.

Veja-se a esse respeito que o Código recorre a duas especificações em todas as suas oito menções sobre costumes (assim como nas dezessete menções[272] do termo "usos"

---

respectivas despesas. § 1o Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os **costumes da localidade**, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

[270] Não é raro encontrar na legislação civil e nas decisões judiciais a menção conjunta às expressões "usos" e "costumes", como sinônimos. Ainda que algumas tentativas de distinção dos dois termos tenham sido apresentadas com certo sucesso, parece adequado admitir que ambos os conceitos possuem idêntica função, a saber: atuam como elemento de concretude, aproximando os dispositivos legais do Código dos fenômenos cotidianos e da cultura jurídica que conformam a realidade social brasileira. Por tal razão, não se deve empreender esforços para tratá-los de modo individualizado. No mesmo sentido, cf. LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49.

[271] Assim a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Dec-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

[272] Usos no Código Civil de 2002: Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 2o Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria. Art. 529. Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos. Art. 569. O locatário é obrigado: I - a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse; Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento. Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa. Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento. Art. 695. O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo,

– aqui tomados como sinônimos de costume[273]): ou são costumes referentes a determinados negócios (como é o caso do já referido art. 432 – ver nota 46), ou são costumes de determinados locais (como se verifica em todos os outros sete artigos que tratam do tema). Esse quadro normativo permite algumas importantes considerações:

(i) Além do uso subsidiário dos costumes previsto pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o Código Civil de 2002 somente admite que os costumes sejam empregados naquelas situações legais expressamente previstas pelo legislador**;** Esta importante verificação se mostra indispensável para caracterizar justamente a diferença histórica entre os sistemas romano-germânico daqueles que se enquadram na tradição da *common law*[274], cuja força do elemento consuetudinário transcende qualquer ação ou omissão do legislador.

(ii) Os costumes do Código Civil de 2002 são referentes às práticas usuais restritas a determinados negócios jurídicos ou de determinados locais, e incidem sobre os atos de

---

na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes. Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos.Art. 699. Presume-se o comissário autorizado a conceder dilação do prazo para pagamento, na conformidade dos usos do lugar onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente. Art. 700. Se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento, ou se esta não for conforme os usos locais, poderá o comitente exigir que o comissário pague incontinenti ou responda pelas consequências da dilação concedida, procedendo-se de igual modo se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário. Art. 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar. Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais. Art. 753. Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, incontinenti, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior. § 1º Perdurando o impedimento, sem motivo imputável ao transportador e sem manifestação do remetente, poderá aquele depositar a coisa em juízo, ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os usos locais, depositando o valor. § 4º Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos usos adotados em cada sistema de transporte. Art. 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens.

[273] Há ainda quem sustente que o Código Civil de 2002 também utilizou o termo "circunstâncias" como sinônimo de usos e costumes, a exemplo dos artigos 24, 74 e 94, referentes, respectivamente, à disciplina da ausência, alteração de domicílio e pertenças. Assim, cf. LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 116 e ss.

[274] Para uma análise aprofundada dos costumes no contexto da *common law,* ver, por todos, THOMPSON, E.P. *Costumes em comum*: estudos sobre cultura popular tradicional. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

autonomia patrimonial[275]. São costumes qualificados como característicos de uma comunidade local, o que demonstra a preocupação legislativa em atender às particularidades culturais de um país de dimensões continentais como o Brasil, ou empregados como prática reiterada de determinado negócio jurídico. Em todos os casos, há uma nítida intenção legislativa de circunscrever os usos e costumes ao campo do direito negocial, de modo que a sua função normativa só deverá orientar os atos de autonomia patrimonial, e não aqueles de autonomia existencial.

(iii) Nenhuma das hipóteses legais que apresentam menção aos costumes o faz na intenção de prever uma cláusula geral para ampliar o conteúdo da legislação infraconstitucional, através da incidência do conteúdo constitucional. Ao contrário, trata-se tão somente de reconhecer a força normativa de comportamentos repetitivos e legitimados pela comunidade local ou pelos contratantes usuais. Evidentemente, os usos e costumes representam uma diretriz hermenêutica a ser considerada, contudo, trata-se de comando voltado ao fortalecimento das culturas locais na prática negocial. Não há, assim, uma verdadeira abertura de cunho moral, como ocorre com os bons costumes. Tampouco se verifica a incidência dos usos e costumes como limite à autonomia extrapatrimonial. Essas características reduzem sobremaneira a função dos costumes no Código Civil, o que também pode ser constatado a partir da localização dos dispositivos, já que a vasta maioria deles está prevista em artigos específicos do direito contratual.

Em suma, ainda que os usos e costumes tenham uma dupla função - hermenêutica e normativa – não se pode ignorar a distância entre elas e as funções que podem ser atribuídas à cláusula geral de bons costumes, como se verá adiante.

Há que se fazer uma última observação sobre o tema, que constitui um importante ponto de diferenciação entre costumes e bons costumes. Enquanto aqueles não carregam, de *per se,* qualquer função moralizadora das relações jurídicas privadas, os bons costumes atuam

[275] É o que e extrai também da posição assumida pelo STJ em demanda sobre controvérsia envolvendo cláusulas de contrato de licença para uso de imagem envolvendo a atroz Deborah Fialho Secco e a Editora Abril, como se vê no seguinte trecho: "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos e costumes (art. 113, CC/2002). Nesse ponto, nem mesmo a lacuna contratual pode, por si só, socorrer à pretensão da recorrente, uma vez que, a depender do caso, "o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa" (art. 111 do CC/2002). Com efeito, ainda que se trate de cláusulas contratuais incontroversas, o seu alcance e a real intenção manifestada pelas partes não são apanháveis pelo STJ Tal intelecção dependeria do contexto contratual – o qual só é atingível com a análise aprofundada de todo o instrumento, uma vez ser no mínimo temerário interpretar contratos por "tiras" – e dos usos e costumes próprios do âmbito negocial no qual o contrato foi celebrado – no caso, o feixe das relações normalmente estabelecidas entre o meio artístico feminino e as revistas masculinas." REsp 1322704/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J.: 23.10.2014, DJe: 19.12.2014.

de maneira diametralmente oposta. Isso ainda que, evidentemente, a utilização dos costumes está sujeita ao juízo de legitimidade pelo qual a aplicação efetiva de todo e qualquer conceito jurídico deve ser adequada aos preceitos constitucionais. Já os bons costumes operam como filtro, elemento moralizador do Código Civil, de modo a efetivar, nas relações privadas, o correspectivo conteúdo axiológico Constitucional.

### 2.2.3. Bons costumes e ordem pública

Outra importante distinção se faz em relação ao conceito de ordem pública, vez que frequentemente é possível encontrar o recurso indiscriminado a esses dois institutos a fim de reforçar uma violação de direitos ou o exercício regular de um direito. Inicialmente, cabe uma importante observação. O termo jurídico "ordem pública" é empregado para designar dois temas bastante distintos.[276] Usa-se ordem pública[277] para referir a uma norma que, por sua natureza, não pode ser afastada por convenções particulares, ou seja, uma norma de ordem pública é inderrogável pela vontade das partes.[278]De maneira diversa, utiliza-se também ordem pública como referência à cláusula geral contida na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 como instrumento de limitação da autonomia privada. As duas acepções do termo são bastante distintas, e apenas a última delas é equivocadamente vinculada como sinônimo de bons costumes – como tantas vezes se vê nas expressões "violação da ordem pública ou dos bons costumes", sem qualquer esforço para qualificá-las corretamente.

---

[276] É possível verificar outras utilizações do termo, como no caso da ordem pública constitucional, da ordem pública constitucional. Nesse sentido, ver, BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2010, p. 851-853.

[277] STJ, REsp. 1.112.524. Min. Ari Pargendler. Rel. Min. Luis Fux. J: 01.09.2010: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167)"

[278] "São, pois, normas de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de normas que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, normas de direito privado que atuam na tutela do interesse coletivo. Acresce, ainda, que todo *ius cogens* (norma cogente ou de ordem pública) é insuscetível de modificação por via de *pacta privata* (contrato privado), mesmo em matéria de direito nitidamente privado." PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil.* Vol. 1. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, p. 51-52.

Como se viu na primeira parte deste capítulo, as noções de ordem pública e de bons costumes sempre caminharam de mãos dadas no cenário constitucional brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta democrática foi elaborada sem que houvesse qualquer menção aos bons costumes, o que constituiu uma imensa alteração na tradição constitucional e foi fruto de intensos debates durante a Assembleia constituinte.

Restou, assim, ao direito privado a manutenção da cláusula de bons costumes, enquanto se assumiu que o lugar de destaque da noção de ordem pública[279]/[280] deveria continuar a ser o texto constitucional.[281] Esse raciocínio parece ser confirmado com mais intensidade diante da análise dos Códigos de 1916 e de 2002. Vigente à época da promulgação da Constituição de 1988, o antigo código só possuía referência à noção de ordem pública na parte introdutória, em dispositivo que hoje figura como art.17 da Lei de Introdução às

---

[279] Ao contrário das Constituições anteriores, como se viu, a Carta de 88 não usou os bons costumes ou qualquer outro elemento moralizador como instrumento de restrição a direitos fundamentais. Ainda que a noção de ordem pública esteja presente em cinco distintas passagens do texto constitucional, nenhuma delas se liga ao exercício dos direitos fundamentais. É o que se extrai dos artigos que contém o conceito: O primeiro deles, art. 34, sobre a intervenção, prescreve que "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública"; O segundo, art. 136, referente ao estado de defesa, estabelece que "O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Já as duas últimas menções ao termo ordem pública estão contidas no art.144, que diz respeito à segurança pública, e estabelece que " A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...):§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas"

[280] Ainda que a noção de ordem pública na Constituição Federal de 1988 não tenha sido descrita explicitamente como conceito limitador de direitos fundamentais, considera-se primordial, no plano do constitucionalismo brasileiro, que os seus efeitos sejam direcionados também a essa função, eis que ligados, diretamente, à noção de interesse público. Essa parece ser a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que se torna bastante clara no RE nº248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa, j.:07.08.2003, que decidiu sobre demanda envolvendo o direito à privacidade e o direito ao conhecimento da filiação biológica. Nesse caso, o raciocínio utilizado foi que o direito à intimidade do pai não pode se contrapor ao direito menor ao conhecimento de sua origem genética, com todas as consequências de ordem pessoal e material dela decorrentes, sobretudo por uma imposição da ordem pública, como se vê nos seguintes trechos: "Está fora de qualquer dúvida, portanto, que o direito ao reconhecimento de paternidade tem conteúdo indisponível, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. [...] O direito à intimidade não pode consagrar irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico de deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares."

[281] Veja-se, a esse respeito, que ideia de ordem pública exerce papel tão primordial na manutenção dos valores comunitários em um contexto democrático que em países cujo texto constitucional não a textualmente tem-se, ainda assim, a forte adesão doutrinária para garantir-lhe o status de conceito implícito a todas as relações sociais. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.* Coimbra: Coimbra, 2002, pp.849

Normas de Direito Brasileiro.[282]Já o Código Civil de 2002, posterior à Carta Constitucional, trouxe menção à ordem pública em quatro dispositivos distintos, dentre os quais apenas dois se referem a ela como cláusula geral, enquanto os demais apenas a utilizam como qualidade da norma que não se pode afastar por convenção particular.[283]

Agora, na codificação de 2002, no entanto, não se trata da mesma noção de ordem pública que figurava nas constituições dos períodos ditatoriais, empregada como sinônimo de convivência ordenada,[284] mas, ao contrário, cuida-se de uma ordem pública revigorada e redesenhada a partir dos princípios constitucionais que fundamentam a ordem jurídica, notadamente a liberdade e a solidariedade. Como esclarece Maria Celina BODIN DE MORAES, a ordem pública "tem o seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional-com particular ênfase às normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional".[285]

Diante disso, é necessário analisar o papel dos bons costumes como limitador da autonomia existencial à luz de uma renovada concepção de ordem pública, acima de tudo solidarista, na qual se abandona a clássica oposição moderna indivíduo x sociedade, assumindo como interesse público questões antes consideradas meramente individuais. Verifica-se como imperiosa, portanto, a tarefa de composição dos interesses antes considerados essencialmente contrapostos, para construir uma noção de ordem pública

---

[282] Art. 17. As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

[283] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.;Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes; Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública; Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.; Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

[284] BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2010, p. 851

[285] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 251.

capaz de conceber o livre desenvolvimento da pessoa humana como premissa inafastável para o fortalecimento de uma democracia pluralista, fortemente marcada pela ponderação entre liberdade e solidariedade, sendo esta última identificada com o "conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados".[286]

Isso significa que a ordem pública consagrada a partir de 1988 não é mais uma noção voltada unicamente para o domínio das relações com o Estado, mas sim, e precisamente, é uma cláusula aberta destinada à preservação dos interesses comunitários nas relações públicas e, especialmente, nas privadas.[287]Evidentemente, qualquer instituto, seja ele de direito público ou de direito privado, deve obediência aos preceitos constitucionais, e é justamente na efetivação desses interesses, especificamente daqueles que representam a dimensão comunitária exigida pela solidariedade, que a noção de ordem pública opera seus efeitos. Assim, como explica Gustavo TEPEDINO, "as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana".[288]

Através da cláusula de ordem pública, vincula-se as relações privadas aos princípios constitucionais que garantem interesses comunitários, e não somente individuais. Trata-se, com efeito, de uma das mais importantes cláusulas no que diz respeito à efetivação das diretrizes solidárias que foram assentadas pela Constituição Federal de 1988. Assim é que Pietro PERLINGIERI, sintetizando os pilares de sustentação de uma noção de ordem pública remodelada de acordo com os preceitos constitucionais de proteção à pessoa no âmbito público e no privado, destaca que

"[...] Esta análise induz à identificação do interesse público com a realização e concretização de direitos invioláveis do homem: um interesse público não identificado economicamente com o interesse da produtividade nacional, voltado a realizar a autarcia (*autarchia*), mas caracterizado cada vez mais por instâncias pessoais e pela caracterização de relações sociais mais igualitárias, fundadas no solidarismo e no personalismo como ânimos indefectíveis do projeto do constituinte republicano. O interesse público, portanto, não como superestrutura burocrática e superindividual, mas com síntese e realização equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade dos seus direitos e dos seus deveres, como titulares de um *status personae* paritário. O interesse público e

[286] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana.* Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.111

[287] TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. n. 17, out./dez. 2005, p. 223.

[288] TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. n. 17, out./dez. 2005, p. 234

aquele privado e individual, como não podem estar fisiologicamente em conflito, também não podem deixar de estar presentes em cada atividade juridicamente relevante.” [289]

Na esteira dessas ideias, é possível sintetizar que, se tradicionalmente a ideia de ordem pública no plano constitucional estava ligada aos imperativos de segurança pública, à liberdade para associar-se com fins lícitos, à garantia do direito de reunião, à soberania nacional e conceitos afins, deve-se, agora, considerá-la com dimensões ampliadas.[290]De acordo com essa perspectiva, é possível afirmar que a ordem pública deve ser “materialmente concretizada como traduzindo a possibilidade concreta, garantida pelos poderes públicos, de os cidadãos gozarem os seus direitos constitucionais sem quaisquer interferências ilegítimas de terceiros, no pleno respeito pelos direitos e interesses constitucionalmente protegidos.”[291]

Neste sentido, é possível afirmar que a ordem pública constitui um limite importante externo e interno, ou seja, ela é a barreira que não pode ser ultrapassada para que determinada situação jurídica subjetiva seja tutelada e, ao mesmo tempo, é razão legitimadora da tutela jurídica das liberdades. No entanto, é preciso compreendê-la como limite imposto às situações patrimoniais[292] para que sejam realizados os interesses

---

[289] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 432-433.

[290] Em sentido diferente e, sobretudo, insuficiente, veja-se a seguinte definição de ordem pública, a operar efeitos especialmente como limite à autonomia contratual: “A ordem pública assume a posição jurídica dos sujeitos no âmbito do direito privado enquanto limite ao exercício da autonomia contratual. Todavia, já que existem limites precisos que derivam de uma minuciosa disciplina normativa ad hoc, considera-se que tal noção coincide com os princípios diretivos gerais deduzidos das próprias opções constitucionais que não influiriam senão de modo geral e indireto na autonomia privada. No direito privado, portanto, todas as vezes que a ordem pública é evocada como limite ao exercício de direitos, ela se apresenta como noção residual que é difícil de definir de forma precisa: trata-se, na verdade, de um limite que atua quando não existem limites específicos e que tende a coincidir com a exigência, por via integrativa, do núcleo de princípios que caracterizam a constituição do Estado, mas que por vezes coincide com a exigência também de um núcleo de valores e de critérios extrajurídicos que fogem a uma possível predeterminação objetiva”. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2010, p. 851

[291] MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.* Coimbra: Coimbra, 2002, p.857

[292] Cabe aqui uma importante consideração sobre a equivocada aplicação da noção de ordem pública feita no polêmico art. 20 do CC02: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Não são poucas as críticas, de naturezas diversas, dirigidas à redação do dispositivo. Para os efeitos aqui pretendidos, afirma-se a completa inadequação da noção de ordem pública à situação disciplinada por este artigo. Para uma análise apurada do tema, ver, especialmente, BARBOSA, Fernanda Nunes. Biografias e liberdade de expressão: critérios legitimadores frente à tutela da personalidade humana. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2015.

existenciais, como no fim das contas é a função original das cláusulas gerais à luz da Constituição.

Sobre as características desta cláusula, nota-se que a sua nota distintiva, a peculiaridade da noção de ordem pública, está na natureza das razões subjacentes, ou seja, o argumento de ordem pública representa a proteção dos pilares democráticos que sustentam a liberdade numa dimensão comunitária e não somente individual. [293]

Entende-se por interesses comunitários aqueles ligados às atribuições estatais de manutenção das diretrizes democráticas estabelecidas na Constituição, vale repetir, valor social da livre inciativa, saúde pública, segurança pública, soberania nacional, administração da justiça, entre outros. Trata-se de princípios fundamentais do ordenamento, que alicerçam a democracia pluralista. Esse raciocínio está exemplificado no art.2035 do Código Civil segundo o qual *§. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.* Veja-se, sobre este ponto, que a noção de ordem pública é um verdadeiro instrumento para a efetivação de todas as diretrizes democráticas constitucionais assumidas pelo Código de 2002.

Diante disso, é possível afirmar que a ordem pública é a cláusula geral que, positivada na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002, impregna a autonomia privada patrimonial com as diretrizes do princípio da solidariedade, pelo que, como explica Maria Celina BODIN DE MORAES,

> Ao direito de liberdade da pessoa será contraposto - ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar dentro de sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber mítico *homo clausus,* cujo epíteto é o "indivíduo", tampouco podem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos "fundamentalmente organizados" para viver em meio a outros.[294]

---

[293] Por tais razões, esclarece Maria Celina BODIN DE MORAES que é "neste sentido, aponta-se a existência de uma cláusula geral de ordem pública, que seria expressão geral do princípio da solidariedade.". E prossegue com seu raciocínio, referindo a seguinte passagem de Pietro PERLINGIERI "Equivale, porém, tal princípio, segundo a interpretação mais conforme à Constituição, ao instrumental adequado e necessário para atribuir a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes". BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 250. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, op. cit., p.37.

[294] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 249.

É fundamentalmente com relação a esse contexto descrito por Maria Celina BODIN DE MORAES que a cláusula geral da ordem pública projeta seus efeitos. Daí porque seu sentido pode ser verificado a partir dos princípios fundamentais que alicerçam a organização democrática. Em direção diferente, os bons costumes, embora ligados e derivados de todos os princípios que embasam a República e seus valores, possuem a função de garantir que o exercício da autonomia privada existencial de uma pessoa não represente a diminuição da esfera jurídica de outra, através da garantia dos valores que conformam a moralidade constitucional. Trata-se, portanto, de cláusula fortemente ligada ao conteúdo moral, variável e flexível, que é vinculado pela constituição como elemento legítimo para limitar a liberdade pessoal em função da liberdade alheia, que não se dirige diretamente à manutenção dos interesses comunitários, tampouco serve para garantir os pilares de organização da República.

### 2.2.4. Bons costumes e função social (fim econômico ou social)

A frequente a utilização conjunta dos termos *fim econômico e social* e *bons costumes* impõe algumas considerações acerca das características próprias de cada uma dessas noções. Essa diferenciação é relevante, sobretudo, porque não raro esses conceitos são utilizados pelo intérprete sem qualquer preocupação de ordem individualizadora e sem apresentar qualquer distinção funcional entre eles, especialmente[295] em demandas que versam sobre o abuso do direito ou sobre a aplicação da função social dos contratos ou da propriedade.[296]

---

[295] A proximidade entre os institutos analisados neste item não é aleatória e parece se dar, especialmente, em virtude da redação dos art. 187 do CC02 – "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.", e art. 1228 " O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[296] TJ/DF, 3ªT. Recursal dos Juizados Especiais – DF, ACJ: 20130310127255 DF 0012725-89.2013.8.07.0003, Rel.: Carlos Alberto Martins Filho, j: 06.08.2013, DJe.: 13.08.2013; TJ/RS, 9ª CC, Ap. Cível, nº70051631398, Rel. Des. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j.: 27.03.2013. "A simples abordagem em porta giratória, por si só, não é situação suficiente para caracterizar dano moral. Equipamento de segurança integrante do aparato de segurança dos bancos, que têm obrigação de prestar vigilância e garantir a segurança interna de seus empregados e usuários. Lei nº 7.102/1983. No entanto, responde a instituição financeira quando exercer tal direito excedendo manifestamente os limites impostos

O fato é que as duas expressões padecem do mesmo nível incômodo de vaguidade, como decorrência do recurso legislativo aos conceitos de conteúdo indeterminado. As dificuldades iniciais dizem respeito ao próprio sentido de fim econômico ou social, de modo que se faz necessário explicitar seu conteúdo autônomo de, para, então diferenciá-lo da cláusula geral dos bons costumes.

Nesse sentido, como decorrência da teoria bettiana, é possível a noção de fim econômico-social está intimamente à ideia de causa dos contratos, pelo que "[...] a causa ou razão do negócio se identifica com a função econômico-social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada".[297] A questão da causa suscita importantes controvérsias,[298] mas, de acordo com Maria Celina BODIN DE MORAES, a interpretação constitucionalizada do tema de acordo com os dispositivos legais positivados no ordenamento pátrio aponta a vinculação entre a causa e a função social, razão pela qual a análise dos termos contidos no art.187 deve ser feita em conjunto com o art.421, que trata especificamente da função social dos contratos. Assim:

> [...]o termo causa, agora enfim como elemento de restrição da autonomia dos privados, como a função propriamente social do negócio, esta tende a se consolidar com a mais apurada interpretação de alguns dispositivos do Código de 2002, em particular, a melhor compreensão do teor do art. 421. A este respeito, propõe-se a seguinte interpretação: quando a lei determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", a expressão "em razão" serve a opor justamente autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar não mais estão, como já se tratou de explicar, na autonomia dos privados, mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de prescrever, ou recepcionar, justamente a função social dos institutos jurídicos.[299]

---

pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 187 do Código Civil. Situação concreta em que, à luz da prova dos autos, a situação a que restou exposta a parte autora superou em muito o razoavelmente aceito, pois, mesmo após comprovar aos prepostos ter implantado três stents em seu coração (o que faria acionar o detector de metais da porta giratória), teve negado o acesso à agência bancária, configurado o abuso de direito. Dano moral in re ipsa. Dever de indenizar mantido. Valor da condenação (R$ 5.000,00) mantido, eis que fixado de acordo com as peculiaridades do caso em concreto, bem assim observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e a natureza jurídica da condenação."

[297] BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, t. I. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, p. 350.

[298] Outras referências importantes a respeito da teoria da causa podem ser encontrados em:, PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*. Diritto civile: metodoteoria-pratica. Milano: Giuffrè, 1951; FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico.* Milano:Giuffrè, 1968, KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2010.

[299] BODIN DE MORAES, Celina. A causa dos contratos. **Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil.** a. 2. n. 4. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/?s=a+causa+dos+contratos. Último acesso: 19.02.2015

Partindo de tais considerações, é preciso averiguar as distinções possíveis entre a função social – tanto contratual, quanto aplicada ao direito de propriedade - , a fim de apresentar o conteúdo autônomo da expressão "fim econômico ou social", contida na redação dos já mencionados dispositivos do Código Civil, bem como a sua função no universo das cláusulas gerais.

Contemporaneamente, a função social desempenha papel central no movimento de reformulação da atividade interpretativa  não só no âmbito dos contratos, como também da propriedade. Com limite interno imposto à autonomia privada patrimonial, a função social constitui um feixe de complexas questões, alimentado por fatores de natureza tão diversa que seria impossível estabelecer entre eles qualquer ordem de importância. Talvez um dos aspectos de maior relevo seja a forte carga ideológica [300]que assombra o tema, ou o modo pelo qual a prática judicial aplica a função social sem que se vislumbre um consenso razoável acerca de seu conteúdo, ou ainda o forte dissenso doutrinário sobre o alcance do instituto.

De fato, as diversas teses que emergiram do debate acerca da função social dos contratos e da propriedade serviram muito mais à ampliação das dúvidas do que propriamente para sedimentar certezas. De toda sorte, a inegável complexidade da questão se liga, antes, ao objeto de sua aplicação: limitar a liberdade nos contratos ou na propriedade significa retirar do Código Civil o domínio absoluto sobre os pilares do direito civil, ou em termos mais precisos, ampliar definitivamente para as relações privadas patrimoniais a noção de ordem pública. O problema maior reside, entretanto, na indesejada aproximação entre função social e bons costumes, na maioria das vezes sendo o segundo utilizado para reforçar o argumento da função. Daí porque é tão importante tornar claras as linhas diferenciadoras desses conceitos.

Para isso é preciso que os institutos sejam analisados de acordo com a função que desempenham, e não mais apenas sob seu aspecto estrutural. Mais do que isso: é preciso que as funções concretamente desempenhadas pelos institutos jurídicos se liguem aos imperativos que fundamentam o projeto constitucional democrático.

---

[300] Como consigna Guilherme Calmon, a expressão função social no direito privado "pôde ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inumeráveis ações estatais limitadoras das liberdades individuais. Do socialismo ao fascismo, a exigência de uma conduta privada na conformidade com o coletivo espalhava-se com relativa aceitação nas sociedades europeias da segunda década do século XX" GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). Função social no direito civil, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

Não sem razão, portanto, assume relevo a funcionalização dos institutos do direito civil. Trata-se de um passo além na análise funcional, de modo que a interpretação dos conceitos jurídicos não se satisfaça com a revelação da função a ser concretamente desempenhada pelo instituto, mas, além disso, se ocupe de verificar se tal função serve para realizar interesses sociais, além daqueles individuais. Dito de outro modo, trata-se de tendência denominada *socialização das situações jurídicas subjetivas*, pela qual os interesses privados patrimoniais só serão merecedores de tutela se e enquanto se coadunarem a interesses socialmente relevantes juridicamente tutelados. Nessa linha de raciocínio, as relações privadas patrimoniais terão seu âmbito de proteção definido de acordo com a finalidade social, e não apenas individual, que deve concretizar.[301]

Além disso, a função social deve ser compreendida como importante instrumento de legitimação e controle da autonomia privada patrimonial. Nessa mesma ordem de ideias, a função social deverá consagrar a liberdade nos moldes solidaristas assentados pela Constituição Federal de 1988, de modo que a autonomia privada seja exercida como instrumento de real emancipação subjetiva, vale dizer, como elemento garantidor da dignidade da pessoa humana na órbita das relações subjetivas privadas patrimoniais.

Ainda que a efetiva realização da função social só possa ser avaliada em concreto, não se pode confiná-la ao terreno das verificações casuísticas, de modo que não se apresentem parâmetros para orientar o intérprete nessa tarefa. Os parâmetros devem ser buscados levando-se em conta que, num cenário solidarista, não cabe avaliar as relações jurídicas apenas sob o viés da licitude ou ilicitude, de modo que não se pode mais seguir pela lógica formalista de que tudo aquilo que não está proibido será permitido. Não basta, portanto, a velha fórmula de que tudo pode ser estipulado de acordo com a vontade, desde que tenha objeto lícito e forma não vedada em lei. Entre nós, atualmente, é preciso que a vontade venha acompanhada do intuito de perseguir interesses socialmente relevantes.

Veja-se, ainda, que a função social não elimina ou desintegra a liberdade contratual, mas tão somente requalifica a autonomia em termos que poderiam ser representados por uma nova máxima, segundo a qual os atos de autonomia amparados pela licitude serão tutelados se e enquanto se colocarem a atender a função social. Com isso não se pretende, portanto, ignorar ou anular a função econômica do contrato, transformando-o em instrumento de realização de interesses exclusivamente coletivos. Tem-se, na realidade, uma composição dos interesses, de modo que a autonomia negocial

[301] Cf. TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 368.

seja expressão do *valor social* da livre iniciativa, que vai muito além da liberdade irrestrita no campo contratual, mas que de nenhuma maneira deve se aproximar de uma realização assistencialista de funções que devem ser desempenhadas e titularizadas pelo Estado.
Tendo isso em vista, o Código Civil de 2002 introduziu no art. 421 a função social como razão e limite para a autonomia contratual, nos seguintes termos: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A introdução do preceito na codificação civil propiciou o surgimento de diversas correntes de pensamento acerca do conteúdo do instituto.[302]

Assim, a interpretação dos contratos, e consequentemente da própria autonomia negocial, se abre para considerações sociais acerca da "justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, proteção ao meio ambiente".[303]Isso porque, como afirma Gustavo Tepedino, trata-se de conceber a função social dos contratos numa perspectiva constitucionalizada, sendo "informada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3, III) e da solidariedade social (art. 3, I) – objetivos da República."[304]
Além da dimensão contratual, com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar social no início do século passado, a noção de função social passou a ser aplicada na esfera do direito à propriedade privada,[305] em observância às transformações políticas, econômicas e sociais que demandavam o desempenho intervencionista por parte do Estado. Tal fato põe em evidência a suscetibilidade do direito subjetivo de propriedade, desenvolvido por John Locke e consagrado pelas codificações liberais como instituto jurídico revestido da pretensa neutralidade que marcava a normatização do referido momento histórico.

---

[302] A esse respeito, registra Gustavo TEPEDINO que a reflexão sobre a função social do contrato só alcançou profundidade com a positivação do instituto nos termos do art. 421, pois o Código de Defesa do Consumidor – com o debate acerca da boa-fé objetiva - e a previsão da função social da propriedade na Constituição Federal de 1988 não deram ensejo a um debate de alto relevo acerca do instituto no âmbito contratual. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coord). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396
[303] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 497
[304] TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 369.
[305] Marco legal identificado como o primeiro diploma a abraçar o conceito de função social aplicado à propriedade, a Constituição mexicana de 1917 definiu condições para o exercício da propriedade privada tendo como escopo regular o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de exploração econômica e a justa e eqüitativa distribuição das riquezas. À semelhança do referido diploma, a Constituição Brasileira de 1946 foi pioneira na previsão da função social da propriedade, fruto da política intervencionista e assistencialista que então se consolidava.

No âmbito da propriedade, a liberdade também é limitada internamente pela cláusula geral da função social, por força de preceito constitucional e de dispositivo expressamente positivado no Código Civil de 2002. A propriedade neste sistema tem seu conteúdo determinado levando em consideração interesses extraproprietários, "os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade".[306]A condição proprietária, a partir do texto constitucional, compreende necessariamente a situação do terceiro não proprietário, à semelhança dos interesses extracontratuais que devem ser perseguidos pelo contrato.

Essa perspectiva é, sobretudo, emancipatória no sentido solidário, tendo em vista que, outrora, "ainda que abusos mais visíveis no exercício desses direitos viessem coibidos por figuras como o abuso do direito ou a teoria dos atos emulativos, é certo que, em um país de formação essencialmente latifundiária, como o Brasil, os excessos de poder do proprietário passavam muitas vezes despercebidos, sobretudo se praticados em face de interesses não-proprietários."[307]

A previsão constitucional da função social da propriedade nos termos dos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º,[308] e 186 permite afirmar que não há proteção constitucional à propriedade per se, mas tão somente à propriedade qualificada, ou seja, aquela que cumpre a sua função social. Esse raciocínio normativo se desdobra na positivação do instituto da propriedade-função[309] no Código Civil de 2002, nos termos do art. 1228, § 1º *in verbis:* "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas ***finalidades econômicas e sociais*** e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" – (grifou-se).

A considerar, portanto, que todo instituto jurídico é um complexo de estrutura e função, não há um núcleo dentro do contexto patrimonial, ainda que mínimo, a salvo do interesse

---

[306]TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.338

[307] TEPEDINO, Gustavo.; SCHREIBER, Anderson. A garantia de propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos,* Ano VI, nº 6 – junho de 2005

[308] Art. 182, §2: ""a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.".

[309] A esse respeito: "o próprio Código Civil, ao dispor sobre o direito de propriedade, admite a noção de *propriedadefunção*, ao reconhecer que o direito deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas, sociais e ecológicas. Abre-se, de tal sorte, a perspectiva de renovação do próprio conceito de propriedade, tarefa que não é fácil, diante de um instituto que tem, por trás de si, séculos de história." MATTIETTO, Leonardo. Função Social e diversificação do direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005, p. 155

social. Depreende-se daí a capacidade do elemento funcional para alterar a própria estrutura, sendo lícito afirmar que a função social é o título justificativo da atribuição dos poderes ao proprietário. Alerta-se, ainda a esse respeito, que:

> [...] não há neste condicionamento uma priorização da função social sobre a garantia da propriedade, uma pretendida hierarquização de normas constitucionais, mas uma mera interpretação sistemática do texto maior, que põe em evidência os valores existenciais e solidários, a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar.[310]

Deve-se, ainda, atentar para a concepção pluralística de distintos estatutos proprietários,[311] sob o aspecto qualitativo (propriedade urbana X rural), quantitativo (grande, média e pequena) ou subjetivo (pública ou privada).[312]A despeito da diversidade que se coloca, os estatutos compartilham a necessidade de observar interesses não proprietários para legitimar e fundamentar a tutela da senhoria sobre o bem.

Saliente-se que a diversidade de estatutos proprietários não obsta a funcionalização, sendo certo, todavia, que a função social assumirá roupagens diferenciadas conforme condicione e se alie aos diferentes tipos de propriedade. Em virtude dessa realidade, o efetivo controle da função social se dá no exame do merecimento de tutela, que por sua vez se realiza concretamente, e não em abstrato, verificando a compatibilidade dos interesses proprietários com aqueles não-proprietários.

Remete-se a esse respeito ao clássico posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em caso no qual se decidiu que os médicos têm o acesso franqueado aos hospitais dos quais não sejam parte do corpo clínico, bem como podem internar seus pacientes, em virtude da função social que os hospitais particulares devem desempenhar:

> Daí que a sentença, baseando-se na função social da propriedade, e se louvando igualmente, no particular, em prestigiosa doutrina, deu à espécie, a meu sentir, correta solução. Com efeito, no caso de internamento de pacientes, existe interesse maior (do próprio paciente, ou de seu médico), e olhem que a saúde é direito de todos embora seja dever do Estado!, interesse que nem sempre há de coincidir com o do proprietário do hospital privado. [...] o direito aqui nestes autos proclamado não se choca com o direito de propriedade, pois este, em sendo um direito, é um direito sujeito a limitações, ou, noutras palavras, a propriedade é privada, mas a sua função é social.[313]

---

[310] TEPEDINO, Gustavo.; SCHREIBER, Anderson. A garantia de propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos,* Ano VI, nº 6 – junho de 2005.

[311] Cf. RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1990.

[312] Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. °papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade, In: *Questões agrárias -julgados comentados* e *pareceres.* São Paulo: Método, 2002. p. 91-131

[313]STJ, Resp. 27.039-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j: 08.11.1993, DJ: 07.02.1994.

Outra questão acerca da função social da propriedade merece atenção: trata-se do rol do art. 186 da Constituição Federal de 1988, que estabelece, nos seguintes termos, os requisitos para o atendimento à função social da propriedade rural: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I-aproveitamento racional e adequado; II -utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores." Diante de tais requisitos expressos na CF/88, pode-se admitir a existência de outros tantos quanto bastem ao cumprimento dos ditames constitucionais? Em outras palavras, trata-se de um rol taxativo para o cumprimento da função social?

A literalidade do artigo não soluciona a questão posta. No entanto, parece acertado afirmar que o referido rol se apresenta de forma exemplificativa, e não taxativa. Em outras palavras, os requisitos do artigo 186 devem ser respeitados, sem prejuízo dos demais que se apresentem na tarefa de instrumentalização do estatuto proprietário ao projeto constitucional de livre desenvolvimento da pessoa humana, tendo em vista, sobretudo, a imperiosa tarefa de interpretar a constituição de forma sistemática.

Mas a concepção de que o rol de requisitos é exemplificativo não resolve outra importante questão que é a indevida identificação entre atendimento da função social e produtividade econômica. Tal posição é equivocada por diversas razões. A primeira delas reside no fato de que " a produtividade, todavia, é apenas um dos requisitos para que a propriedade alcance sua função social, desde que associada, entretanto, à promoção de valores existenciais, consagrados pela Constituição nos princípios e objetivos fundamentais da república"[314]

De plano, a confusão seria desfeita pela própria literalidade do art. 186, segundo o qual os critérios arrolados devem ser considerados simultaneamente presentes para que se configure a função social. Decorre daí que, por exemplo, uma propriedade produtiva que empregue mão de obra escrava não cumprirá a função social. A distinção se faz necessária mais ainda em vista as vedações constitucionais à desapropriação[315].

---

[314] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade, In: *Questões agrárias -julgados comentados* e *pareceres.* São Paulo: Método, 2002. p. 91-131

[315] "A pequena e a média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: CF, art. 185, I. A classificação da propriedade rural em pequena, média ou grande subordina-se à extensão da área, vale dizer, da área medida." (STF, MS 24.719,

A produtividade se refere tão somente aos resultados econômicos que são buscados e alcançados através das atividades empreendidas, mas não esgota por si a gama de interesses sociais que são paralelamente colocados ao lado dos interesses proprietários[316]. Cite-se como exemplo o caso da propriedade produtiva que se encontra em débito fiscal. Neste caso, como aduz Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "não cumpre sua função social a propriedade cujo titular, embora granjeando lucros, esquiva-se de suas obrigações fiscais, as quais se destinam justamente a interesses sociais de grande repercussão, depauperando-se o erário e retirando do Estado os instrumentos para a consecução de políticas públicas"[317].

Ademais, a concepção reducionista que identifica a função social com a produtividade acaba por ignorar que os índices de verificação do potencial produtivo da terra[318] - Grau de utilização da terra (GUT - que deve ser igual ou superior a 80%) e o grau de eficiência de exploração (GEE - que devera ser igual ou superior a 100%) - são baseados em dados dos anos 70, então, por exemplo, são feitas analises do solo, do clima, da geografia para dizer se aquela propriedade de fato está produzindo tanto quanto seria

Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-4-04, Plenário, *DJ* de 14-5-04). No mesmo sentido**:** STF**,** MS 24.573, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-9-03, Plenário, *DJ* de 6-10-03.

[316] Assentando tal entendimento, seja consentido transcrever o seguinte trecho "O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional imponível ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar conseqüência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bemestar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade." (STF, ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j: 4-4-02, Plenário, *DJ* de 23-4-04)

[317] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade, In: *Questões agrárias -julgados comentados* e *pareceres.* São Paulo: Método, 2002. p. 91-131

[318] Tais índices podem ser relativizados conforme a ocorrência de caso fortuito que justifique a não produtividade nas proporções desejadas, desde que se enquadrem nonos termos do disposto no art. 4º, § 5º, da Norma de Execução do INCRA n. 35/2004, "a ocorrência de intempéries ou calamidades que resultem em frustração de safras ou destruição de pastos, devidamente comprovados junto ao INCRA". Ver, sobre o tema, (STF, MS n. 24.518, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 30-4-2004 e STF, (MS 26.092, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j: 23-8-06, *DJ* de 30-8-06)

permitido. No entanto, como os dados de produção estão defasados, ignoram as tecnologias que permitem uma propriedade produzir mais do que há 40 anos.[319]

Há ainda que se ressaltar que o critério do aproveitamento racional da terra é um importante fator de relativização do critério da propriedade. No Brasil, onde se multiplicam as monoculturas, torna-se ainda mais necessário repensar a primazia do requisito da produtividade em função da tutela jurídica do meio ambiente. Essa não é uma questão propriamente nova, ainda que seja recorrentemente negligenciada no debate jurisprudencial acerca da função social.[320] Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, a questão ambiental já havia sido referida no Estatuto da Terra, ou seja, desde 1964, nos seguintes termos: "Art. 2º (...) § 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: (...) c) assegura a conservação dos recursos naturais.". Do mesmo modo, o Código Florestal, desde 1965, prevê intervenções na propriedade para assegurar a sustentabilidade ambiental.

Nessa ordem de ideias, mais uma vez se recorre à noção de composição de interesses, de modo que poderá existir exploração da terra, desde que a mesma se coloque em respeito ao meio ambiente. A respeito dessa proposição, torna-se oportuna a referência à decisão judicial que consignou "A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nela existentes"[321]

Por todo o exposto, verifica-se a função social como qualificadora da propriedade, sendo título legitimador da tutela constitucional e infraconstitucional conferida à priopriedade. Dessa premissa de sociabilidade proprietária, decorre que não há propriedade protegida per se, como outrora se sustentava a partir da tutela absoluta dos direitos subjetivos. Ao revés, tem-se que a propriedade será protegida se e enquanto se puser a perseguir, ao lado dos interesses proprietários, interesses extraproprietários reputados socialmente relevantes.

---

[319] Além disso, atualmente, os juízes das ações desapropriatórias têm afastado o laudo do INCRA em nome da ampla defesa e do contraditório, pelo que se recorre ao perito judicial. Dessa forma, a produtividade acaba sendo avaliada judicialmente, e não apenas pela via administrativa.

[320] Em sede doutrinária, v. acerca do tema, especialmente: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In*:* SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, XAVIER, Flávio Sant'Ánna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. pp. 11-25.

[321] STF, RE nº 134.297-SP, Rel. Min. Ministro Celso de Mello, j: 17-11-1999.

Finalmente, resta salientar, nos termos de Gustavo Tepedino, o alcance da função social para além do estatuto proprietário, tendo em vista que:

> [...] a mudança de perspectiva não se restringe à propriedade e ao contrato. O reconhecimento da propriedade axiológica da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, impõe a funcionalização de todos os institutos do direito civil, a exigir do civilista contemporâneo que se ocupe menos com a definição do conceito de bens jurídicos (aspecto estático), e mais com o seu exercício concreto (aspecto dinâmico), de modo a verificar se, no seu atuar, as situações jurídicas subjetivas cumprem sua função econômica e social, condição para se lhes reconhecer o merecimento de tutela. Ao lado do aspecto estrutural, há que se observar o aspecto dinâmico e funcional das relações jurídicas, a fim de revelar os centros de interesses merecedores de tutela na concreta relação.[322]

Tendo isso em vista, a função social, tanto do contrato quanto da propriedade, se distancia absolutamente da ideia de bons costumes, ainda que haja forte tendência jurisprudencial a manter uma ilusória aproximação. Este uso indiscriminado das cláausulas gerais se dá, precisamente, por força da terminologia adotada pelo citado art.187. Trata-se, pois, de cláusula geral destinada à imposição de limites internos à autonomia de ordem contratual e proprietária, ou seja, patrimonial, de modo que não há, como se vê, uma correlação direta entre ela e os bons costumes. Para além da natureza de cláusulas gerais limitadoras da autonomia, bons costumes e função social não se fundem e nem podem se fundir em um conceito só, nem em sede doutrinária e muito menos no campo jurisprudencial.

É bem verdade que ambos os conceitos aqui analisados se prestam à restrição da autonomia no caso do abuso do direito, porém casa uma delas se dirige a um campo diferente: a função social limitará internamente a liberdade do contratante e do proprietário, enquanto os bons costumes servirão de limite apenas externo à liberdade existencial. Sendo cláusulas gerais que servem à democratização das relações privadas, é necessário que o intérprete busque individualizar e qualificar as condutas, relacionando-as especificamente a algum dos elementos contidos no art.187 ou mesmo nos dispositivos destinados exclusivamente à função social dos contratos e à função social da propriedade.

### 2.2.5. Bons costumes e boa-fé

[322] TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 379.

A boa-fé, em seu viés objetivo[323], vem alcançando, progressivamente, papel de destaque na doutrina civilística, assim como nos tribunais. Trata-se de importância crescente, sobretudo, na regulação das relações contratuais sob o paradigma da constitucionalização do direito e de valorização da técnica legislativa das cláusulas gerais. Todavia, devido ao prestígio gozado pela cláusula, há importantes iniciativas no sentido de ampliar o seu alcance para as relações existenciais.

Ora, a relevância da cláusula da boa-fé[324] é inegável e se torna ainda mais clara diante do número de vezes que o legislador a consagrou no contexto normativo do Código Civil de 2002: são 55 ocorrências, no total. Tendo em vista a ocorrência difusa, ao longo da codificação, torna-se oportuna também uma definição mais ampla da cláusula geral, pelo que Cláudia Lima Marques explica que : "boa-fé objetiva, significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, pensando no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.".[325]Em síntese, como explica Caitlin MULHOLLAND, trata-se de entender que "o contrato deve ser visto como um meio através do qual será alcançada a realização de uma justiça contratual, socialmente desejada por todos os membros da sociedade".[326]

Trata-se, é verdade, de princípio que, desde os primórdios da sua utilização, foi empregado em conjunto com os bons costumes,[327]mas cuja configuração atual assume papel verdadeiramente revolucionário no controle da autonomia privada patrimonial,

---

[323] Ao lado do viés objetivo, tem-se a boa-fé subjetiva, que indica um sentido psicológico, um estado mental sob o qual se realiza determinada conduta. Como explica Teresa Negreiros, é nesta vertente que se diz que "alguém está de boa-fé", como é o caso do terceiro de boa-fé. Contudo, esta modalidade não será analisada nesta tese, já que não é ela a vertente utilizada de forma equivocada junto com os bons costumes. Sobre o tema, ver, NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.227.

[324] Para análises mais aprofundadas sobre o tema, ver, especialmente, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1997; NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações*: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[325] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 4ª ed., São Paulo: RT, p. 181-182.

[326] MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Internet e contratação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

[327] MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p.1218 e ss.

notadamente no campo contratual.[328]Distante da boa-fé como estado mental, a boa-fé subjetiva[329] demanda deveres de condutas ativos. Trata-se, com efeito, de imposição positiva, que requer um comportamento contratual ativo no sentido de perseguir a colaboração, e não somente de abstenção de comportamentos indesejáveis. [330]

A despeito da relevância dos estudos teóricos que buscam reputar à boa-fé objetiva uma função de destaque como limite à autonomia existencial, cumpre salientar, desde o início, a impropriedade de tais posições.[331] A mais flagrante inadequação deste raciocínio decorre da natureza limitadora da boa-fé, que, como se disse antes, possui as propriedades necessárias para operar como limite interno, ou seja, como razão legitimadora da tutela jurídica. Trata-se, com efeito, de instrumento que não pode ser aplicado ao terreno das existencialidade,[332] tendo em vista, sobretudo que nestas a função é pessoal e ilimitada, a saber, a realização do projeto de livre desenvolvimento da personalidade. Essa concepção se tornará mais clara com as explicações seguintes.

Alguns fatores podem ser apontados como facilitadores para a aplicação deste instituto na seara da existencialidade, especialmente nas relações familiares. Assim, Não raro a boa-fé, quando aplicada às relações existenciais, é utilizada na sua vertente subjetiva, como ocorre nos casos de boa-fé do cônjuge em casamento putativo ou da boa-fé da mãe com relação à motivação da viagem com o filho ao exterior, merecendo credibilidade a declaração da genitora de que a viagem seria apenas durante para visitar parentes no

---

[328] SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa Fé Objetiva no Direito de Família. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457

[329] O estado mental correspondente à boa-fé subjetiva pode ser caracterizado "pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito". TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29.

[330] NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.227.

[331] SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa Fé Objetiva no Direito de Família. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457

[332] Ainda que seu conteúdo possa ser reputado como corolário da dignidade da pessoa humana, como explica Fachin e Pianovski nos seguintes termos: "desde que sua leitura seja fincada na perspectiva de que se trata de princípio que vem dar vestes jurídicas a uma ética de alteridade, e não apenas configurar-se como instrumento assecuratório de uma segurança jurídica formal."FACHIN, Luiz Edson, PIANOVISKI,Carlos Eduardo, A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf. Último acesso: 13.01.2015.

exterior, sendo a data de retorno fixada no final das férias escolares.[333] Além disso, é frequente a aplicação do instituto em demandas de ordem familiar que, contudo, versam predominantemente sobre aspectos patrimoniais.

Como se verá adiante, é da natureza do campo familiar as relações que envolvem simultaneamente questões de ordem patrimonial e existencial, ou mesmo situações patrimoniais com forte função existencial. Diante dessa peculiaridade das situações familiares, é preciso que se diga que a boa-fé objetiva não deve ser aplicada para limitar os efeitos existenciais dessas relações, de tal sorte que não há qualquer impedimento à aplicação da cláusula nos aspectos patrimoniais, de cunho obrigacional, o que, aliás, nada mais é do que a utilização mais genuína do conceito.

Na busca por delimitar um conteúdo material para a cláusula da boa-fé objetiva, são comumente apontadas como funções decorrentes da boa-fé objetiva a (i) função interpretativa-integrativa, pelo que se consagra como cânone hermenêutico, cuja expressão maior pode ser encontrada no art. 113 do CC02[334]; (ii) a função criadora de deveres jurídicos, "que podem até mesmo pre-existir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção",[335]como se pode extrair da interpretação do art.422 do CC02;[336] e (iii) a função limitadora do exercício abusivo de direitos, que pode ser verificada no art.187[337] do CC02.[338]

Essas três funções foram um importante passo na sistematização do conteúdo material que pose ser reputado à cláusula da boa-fé objetiva, demarcando a distância entre as vertentes objetiva e subjetiva de maneira insuperável. Além disso, servem como parâmetros concretos para determinar o comportamento cooperativo que as partes devem guardar nas relações patrimoniais, sendo este último aspecto especialmente importante

---

[333] Os exemplos são fornecidos por SCHREIBER, Anderson. O Princípio da Boa Fé Objetiva no Direito de Família. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 451

[334] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[335] NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.223.

[336] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[337] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

[338] Essa é a classificação apresentada por MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, p.437. Em termos contratuais, Gustavo TEPEDINO explica que a função de criação de deveres jurídicos se volta para os deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 218.

para esta tese, pelo que se voltará nele no último item deste capítulo, voltado para as funções concretas da cláusula de bons costumes.

Sobre a aplicação concreta da cláusula da boa-fé objetiva, é interessante notar como em algumas situações os tribunais manejam os conceitos de boa-fé e bons costumes como institutos afins, que podem ser lançados conjuntamente em uma decisão sem que essa menção seja acompanhada de qualquer explicação mais detalhada. A esse respeito, o voto vencido proferido em decisão do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial que afastou o argumento de violação ao *venire contra factum proprium* diante da possibilidade de rescisão unilateral de contrato de seguro de vida em grupo, ilustra facilmente essa afirmação, como se vê no seguinte trecho:

> Consiste tal princípio em diretriz pautada sobretudo na boa-fé, segundo o qual "a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé".[339]

A respeito do *venire contra factum proprium*[340], assim como os demais instrumentos afins – *tu quoque, surrectio e supressio* - a ideia básica, oriunda das diretrizes da boa-fé objetiva, é repudiar atos considerados desleais, pelo que não se admite, em síntese, "voltar-se contra os próprios atos",[341] Neste sentido, torna-se ainda mais evidente a impropriedade de aplicar a cláusula geral da boa-fé às situações subjetivas existenciais, sobretudo porque uma das marcas distintivas da autonomia existencial é a possibilidade de mudar de ideia e redefinir os atos já praticados em sentidos diferentes.

Ora, há uma indesejada subversão na *ratio* dos atos de autonomia existencial quando se propugna a aplicação da cláusula geral neste campo, sobretudo enquadrando-se a situação como abuso do direito por violação da boa-fé. As razões para a inadequação deste raciocínio não são poucas. É preciso destacar duas delas como sendo as mais relevantes porque dizem respeito também aos bons costumes.

A primeira delas se refere ao esvaziamento da boa-fé, que acaba servindo, em tais casos, como veículo, instrumento, para a aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas. Assim é que a aplicação da boa-fé é feita, em muitos casos, como elemento que

---

[339] STJ, REsp 880.605, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Massami Uyeda, j:13.06.2012, DJe 17.09.2012.

[340] Para uma análise crítica sobre a aplicação do instituto, ver, por todos, SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.

[341] NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.223.

permitiria a efetivação da dignidade da pessoa humana, em completo desrespeito ao sentido material é às especificidades técnicas que se consagraram como prórias desta cláusula geral em seu viés objetivo. Ora, ee esse expediente já foi necessário para reforçar a possibilidade de um princípio constitucional incidir nas relações privadas, hoje é tanto desnecessário quanto inadequado lançar mão deste mecanismo, que, inclusive, enfraquece e banaliza a força da boa-fé como instituto autônomo.

Um outro fator que constitui uma relevante razão para a boa-fé de todos os efeitos existenciais diz respeito precisamente, à natureza da clásula. Explica-se. Tendência que parece ser muito sedutora diante da sua aparente facilidade é a importação acrítica de institutos cunhados no terreno das relações patrimoniais, construídos para regrar os comportamentos e interesses negociais, para o campo das relações existenciais. É certo que as situações extrapatrimoniais guardam uma importante distância conceitual daquelas patrimoniais, tendo em vista a razão da tutela jurídica de cada uma delas. Nesse ponto, vale a repetição: ora, as situações existenciais têm função pessoal, absolutamente relacionada aos aspectos não patrimoniais do desenvolvimento da personalidade, enquanto as situações patrimoniais estão voltadas à realização de interesses patrimoniais dos seus titulares, além de interesses socialmente relevantes que dizem respeito à coletividade, porque devem cumprir sua função, que não é pessoal, mas social. ,

Portanto, os institutos jurídicos cunhados para tutelar as relações patrimoniais são absolutamente insuficientes para a proteção dos interesses existenciais. Assim, deve-se afastar a sedução pelo caminho mais curto: aplicar acriticamente um instituto patrimonial à situação existencial pode parecer uma saída para a ainda tímida produção científica sobre temas existenciais. Todavia, é preciso mais coragem. Se o Código dispõe de elementos que podem ser aplicados de forma autônoma às situações existenciais, é ainda mais urgente a tarefa de construir as funções e delimitar o conteúdo material próprio dos institutos voltados para a garantia dos interesses existenciais, como é o caso dos bons costumes – cuja aplicação nas relações familiares torna absolutamente desnecessário o recurso à boa-fé objetiva, como se verá no último capítulo desta tese.

Para fundamentar melhor este raciocínio, é importante avançar nesta investigação, demonstrando o conteúdo e as funções genéricas que podem ser atribuídos à cláusula dos bons costumes como instrumento apropriado à tutela das relações existenciais.

## 2.3. Conteúdo e função da cláusula geral de bons costumes: limites à 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 porque 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, nesse caso, se consagrou 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 através da 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 voltada para a abertura do sistema, volta-se também para o futuro, vinculando-se à concretização não mais da moral social[342] pura e simplesmente, mas, sobretudo, da moralidade constitucional.[343] Dito de outro modo, os bons costumes no sentido tradicional do termo estavam ligados à moral social revelada através do passado e dos 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[344].

---

[342] Veja-se, a esse respeito, a observação de Letícia Martel: "as diferenças de configuração textual da Constituição, comparada às anteriores, demarcam a quebra com ideários de uma moralidade social integrada pela via do direito público, os quais, na história nacional, representaram válvulas para a arbitrariedade e a opressão das liberdades pessoais". MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, p. 195.

[343] As características da moralidade constitucional e a importância de vincular a noção de bons costumes diretamente a ela já foram descritas, pelo que se remete o leitor ao último item do primeiro capítulo desta tese.

[344] A interpretação da cláusula de bons costumes é tarefa ainda mais urgente diante das iniciativas legislativa que insistem em trazer para o universo atual a mesma utilização antidemocrática que os regimes ditatoriais deram aos bons costumes; Neste sentido, Exemplo deste raciocínio é a Lei Estadual n.6394, de 16 de janeiro de 2013, de autoria da Deputada do Estado do Rio de Janeiro, Myrian Rios. A Lei, que ficou conhecida como Lei dos Bons Costumes, sofre inúmeras críticas pelo recurso aos valores morais como forma de

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, 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 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 desta 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 as que essa técnica legislativa possui.

Por isso, é tanto mais útil quanto mais intelectualmente honesto assumir que o papel da doutrina não é de confinar as cláusulas desta natureza nos limites estáticos que as conceituações 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 se consagrou juridicamente nas codificações liberais através do privilégio da perspectiva estrutural dos institutos jurídicos. Como sintetiza Pietro

---

padronização de condutas sociais. Esta Lei, que institui o "Programa de resgate de valores morais, sociais, éticos e espirituais", determina que serão "desenvolvidas ações essenciais que contribuam para uma convivência saudável entre pessoas, estabelecendo relações de confiança e respeito mutuo, alicerçada em valores éticos, morais, sociais, afetivos e espirituais, como instrumento capaz de prevenir e combater diversas formas de violência". Na justificativa do Projeto de Lei, a Deputada estadual explica que "Infelizmente, a sociedade de uma maneira geral vem cada dia mais se desvencilhando dos valores morais, sociais, éticos e espirituais. Valores esses que são de extrema importância para que nossa sociedade caminhe para o crescimento. Sem esse tipo de valor, tudo é permitido, se perde o conceito do bom e ruim, do certo e errado. Perde-se o critério do que se pode e deve fazer ou o que não se pode. Estamos vivendo em um mundo onde o egoísmo e a ganância são predominante."

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."[345]

Nessa ordem de ideias, a estrutura indica o instituto como ele é, a partir de seu perfil morfológico[346], enquanto a função, por sua vez, corresponde à síntese dos efeitos essenciais, remetendo à finalidade do instituto[347]. Não sem razão, afirma-se que na produção jurídica liberal apenas não colocava a função como centro da atividade interpretativa, o que não significa que a finalidade dos institutos não se estabelecesse como uma opção pertinente a um sistema ancorado nos valores do individualismo e patrimonialismo.

Tome-se como exemplo o Código de Napoleão: lá o contrato assumiu o papel de meio para a aquisição da propriedade, tratado no Título III do Livro III, cuja denominação se traduz em "das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade". Isso significa que no Código Civil Francês, ainda que não houvesse menção expressa à função a ser perseguida pelo contrato, certo é que socialmente o seu papel a ser desempenhado, e por tal razão tutelado, era o de circulação e acumulação de riquezas, na medida da liberdade e vontade dos contratantes e em plena sintonia com o liberalismo francês que então se consolidava.[348]

Do mesmo modo, o Código Civil Alemão, regido pela mais alta abstração formal, ao privilegiar a vontade autônoma a impulsionar o negócio jurídico, distanciava o contrato das circunstâncias fáticas subjacentes. Através dos mecanismos estruturais de sofisticado conceitualismo, consolidava-se o alicerce necessário para a realização das finalidades político-econômicas, que eram controladas juridicamente através do estabelecimento de critérios de existência, validade e eficácia. Tais elementos, apesar de não guardarem

---

[345] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*.., op. cit., p. 118.

[346] Carlos KONDER utiliza o termo "morfológica" para identificar na ideia de função, encontrada originariamente no campo das ciências naturais, uma denominação que "conduz diretamente aos efeitos, focaliza uma 'conseqüência de determinada espécie, determinável e esperada teoricamente e/ou empiricamente observável ou inferível, e observada ou inferida'" Ainda, prossegue Konder, a noção de função aplicada a um instituto jurídico remete à sua finalidade, indicando (ao adotarmos a terminologia utilizada por Perlingieri) "para que serve" aquele instituto. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-27

[347] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*. op. cit. p. 94.

[348] Acerca das experiências narradas nos códigos Francês e Alemão, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

afinidade radical com a concreta operação econômica por eles verificada, na medida em que se positivaram classicamente como atos jurídicos despidos de circunstâncias, estrategicamente estabeleciam quais e se haveria limites a serem impostos a determinadas atividades econômicas.[349]

Veja-se, portanto, que o desprestígio do perfil funcional não se confunde com uma ausência de função. De fato, desde sempre os institutos foram tutelados tendo por razão e limite determinada função que deveriam cumprir. Desde uma função meramente econômica, de fomento à troca e à livre acumulação de riquezas, até a realização de um projeto econômico de autoria exclusivamente estatal, como se poderia pretender em qualquer regime de expressão político-econômica totalitária. Ainda que tais motivos não se encontrassem tradicionalmente revelados nas codificações modernas, não se pode ingenuamente sustentar que a atividade legislativa e interpretativa do direito não se fizesse com base em razões de ordem extrajurídicas muito bem definidas.[350]

No que tange genericamente às cláusulas gerais, é preciso destacar que este modelo legislativo poderá assumir três diferentes tipos de função. O primeiro deles, denominado de *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.[351] O segundo tipo, denominado de *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

---

[349] cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

[350] De toda sorte, não se pode afirmar que nesse contexto a funcionalização adquiriu feições propriamente jurídicas. É o caso das teorias marxistas que revelavam os institutos do contrato e da propriedade como elementos centrais do modo de produção capitalista e propugnavam a funcionalização a um modelo de liberdades restritas e correspondentes ao projeto econômico estatal. E daí seguiram-se diversos posicionamentos teóricos com o intuito de conferir significados distintos à função exercida pelos institutos jurídicos, ora mais sociais, ora mais liberais, a exemplo da doutrina social da Igreja, (sustentando a propriedade como direito natural, numa tentativa de reduzir as iniquidades liberais e as estatizações de cunho comunista), entre outras. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

[351] 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 Direito daUFRGS, n. 15, Porto Alegre: UFRGS/Síntese, 1998. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm. Acesso: 01.12.2014.Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm. Acesso: 01.12.2014.

por culpa".[352] O terceiro e último tipo, denominado de *cláusula geral extensiva*, é definido pela presença de disposições que visam a "ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos."[353]

Enquanto a estrutura da cláusula geral dos bons costumes é pouco reveladora e ajuda muito timidamente na investigação sobre o papel autônomo deste instituto – e até por isso há quem sustente a total irrelevância do perfil estrutural das cláusulas gerais[354] - , 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 uma função específica, própria da cláusula geral de bons costumes.

A primeira delas diz respeito ao campo de incidência dos bons costumes. Enquanto as cláusulas de boa-fé e de função social são instrumentos que incidem sobre a autonomia privada de cunho patrimonial, os bons costumes atuam no campo oposto. Explica-se: os bons costumes devem ser compreendidos como elemento limitador da liberdade de cunho existencial, ou, autonomia privada extrapatrimonial.

A razão para essa diferença sobre a área de incidência de cada uma das cláusulas já foi descrita nos itens anteriores, onde se demonstrou que a autonomia patrimonial é limitada internamente pela boa-fé e pela função social, de modo que a esse tipo de liberdade só será protegida juridicamente se e enquanto cumprir a função que lhe é atribuída e não violar a boa-fé. Ou seja, o ato de autonomia patrimonial só será digno de tutela se cumprir com as diretrizes da boa-fé e da função social. Trata-se, assim, de limite interno à autonomia, cuja inobservância afasta de seu titular a proteção do ordenamento jurídico.

---

[352] 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: 01.12.2014.

[353] 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: 01.12.2014.

[354] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.208.

Por outro lado, ficou claro que da tensão entre autonomia e paternalismo, apresentada no primeiro capítulo, surge a necessidade de afirmar a liberdade existencial como espaço livre de limites internos. A autonomia existencial, decorrente da dignidade da pessoa humana, é protegida como atributo dos sujeitos de direito, sem que haja, para isso, qualquer necessidade de cumprimento de deveres correlatos ou de função socialmente relevante. Ela goza de proteção reforçada como parte inerente do projeto de livre desenvolvimento da personalidade, que nada mais é do que um desdobramento lógico da acertada primazia que o ordenamento jurídico pátrio confere às situações jurídicas extrapatrimoniais frente às situações patrimoniais. Em suma, a função da autonomia existencial é pessoal, e por tal razão não comporta limites internos, como já se afirmou.

Isso não significa, contudo, que a autonomia extrapatrimonial não encontre qualquer limitação no ordenamento jurídico. O que ocorre, na verdade, é que as situações jurídicas existenciais não estão subordinadas a qualquer tipo de finalidade social, vale dizer, não devem ser limitadas pela função social e não precisam perseguir interesses socialmente úteis para merecedoras de tutela jurídica. E esse é o ponto central para compreender o papel dos bons costumes. A construção desta tese sobre bons costumes parte da premissa de que a autonomia privada extrapatrimonial só pode ser limitada externamente.

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. No entanto, essa premissa pode ser afastada caso o ato de autonomia existencial implique consequências leivas à esfera jurídica alheia a do seu titular. Mas não será toda em toda e qualquer situação existencial o ato de autonomia poderá ser limitado. Assim, retoma-se a classificação apresentada no primeiro capítulo desta tese para esclarecer que:

(i) *Nas situações existenciais de eficácia pessoal não se admite a incidência de bons costumes.* Ou seja, quando a realização dos interesses existenciais só implica consequências juridicamente relevantes para o seu titular, não acarretando lesão ou risco de lesão a esfera jurídica alheia à sua, não há qualquer limite que possa ser imposto legitimamente para limitar a efetivação dessa liberdade. Essa afirmação decorre do fato de que o exercício da autonomia de cunho existencial só pode ser limitado por força da necessidade de proteger os interesses existenciais juridicamente relevantes de pessoas afetadas pelo ato de autonomia, o que não ocorre neste tipo de situação.

(ii) *Nas situações existenciais de eficácia interpessoal também não se admite a incidência de bons costumes.* Isso ocorre porque, neste tipo de situação, as repercussões do ato de autonomia alcançam esferas jurídicas distintas daquela do titular da situação, de modo que pessoas que não praticaram o ato de autonomia podem vir a sofrer lesão ou ameaça de lesão em decorrência dele. Como se disse antes, essas pessoas precisam ser individualmente identificadas e devem comprovar a situação de serem afetadas pelos efeitos diretos e imediatos que lesionaram ou apresentam risco real de lesão a seus direitos. 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. Nesta hipótese, é possível a incidência de bons costumes como razão limitadora da autonomia das partes envolvidas, desde que, e somente se, comprovadas a lesão ou ameaça de lesão sofrida por terceiro.

(iii) *Nas situações existenciais de eficácia social admite-se a incidência de bons costumes.* realização de interesses existenciais neste tipo de situação 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. Nestes casos, diante das repercussões jurídicas negativas para a coletividade, é preciso considerar a necessidade de limitar, em abstrato, a autonomia existencial do titular para garantia de direitos fundamentais que podem ser lesionados pelo exercício de um interesse individual.

Tendo em vista esse esquema teórico, a cláusula geral de bons costumes opera efeitos sobre aquelas situações jurídicas cujo ato de autonomia existencial implique diminuição real ou potencial da esfera jurídica pessoas individualmente consideradas, ou da coletividade, aqui compreendida como número indefinido de pessoas atingidas. 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.

A tendência, pois, é de democratizar o instituto dos bons costumes, por força de todas as dimensões axiológicas que foram assentadas na carta fundamental de 1988. Esse, aliás, é o caminho inevitável da constitucionalização, que se faz presente de forma intensa no campo do direito privado. É o caso, por exemplo, das relações familiares, área cujas incessantes transformações traduzem uma "perspectiva que deve ser reconhecida na direção, lenta porém constante, da democratização de algumas instituições privadas outrora intrinsecamente autoritárias."[355]

A democratização da cláusula de bons costumes encontra obstáculos de diversas naturezas. Já se disse sobre a insuficiência de estudos doutrinários acerca do tema, mas é ainda mais dramática a também já mencionada 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)*[356] 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.[357]

Bons costumes é conceito que envolve fortes considerações de ordem moral, tanto assim que usualmente esta cláusula é identificada com outro conceito de igual indeterminação semântica que é a moral social. Mas o aspecto mais importante a se destacar é que a

---

[355] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana:estudos de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.61

[356] 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, pp.849 e ss.

[357] 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, CC02, ensejou a abusividade. (STJ, 1ª T., REsp 811.690 /RR, Rel. Min. Denise Arruda, julg: 18.05.2006, Dje: 19.06.2006). Outras decisões do STJ com a mesma insuficiência de justificativas diante da aplicação de bons costumes juntamente com outras cláusulas: STJ, 3ª T., REsp 1192678/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13.11.2012, DJe 26.11.2012. STJ, 2ª T., REsp 880.605/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Massumi Ayeda. Julg. em 13.06.2012, DJe 17.09.2012. STJ, 4ª T, REsp 650.373/SP, Rel. Min. João Otavio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.03.2012, DJe 25.04.2012. STJ, 4ª T, REsp 1112796/PR, Rel. Min Luis Felipe Salomão, Rel p/ Acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Julg. 10.08.2010 DJe 19.11.2010

cláusula geral dos bons costumes é uma janela para impregnar as relações privadas com o valores assentados pela Constituição Federal de 1988.Assim, não se trata de ligar os bons costumes unicamente aos costumes de uma determinada sociedade, justamente porque os costumes sociais, muitas vezes, não encontram amparo na Constituição, fato que não pode ocorrer com os bons costumes em um ambiente democrático. Trata-se, com efeito, de constitucionalizar a noção de bons costumes de tal modo que seu significado só possa ficar claro diante do recurso aos valores e corolários que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana.

Evidentemente, tendo em vista a elasticidade do conceito de bons costumes em virtude da época e da sociedade no qual se insere, o preenchimento desta 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 através 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.

Ora, com isso não se pode afirmar que a ideia de bons costumes sirva à imposição da vontade da maioria sobre a minoria, como outrora se verificou com o seu emprego nos regimes antidemocráticos. Ao revés, os padrões de conduta que servem para conduzir o intérprete na aplicação concreta do conceito decorrem diretamente dos princípios que conformam a proteção da pessoa na ordem constitucional democrática. Assim, o conteúdo da cláusula só se revela se observados, no caso concreto, os corolários ou subprincípios que se desdobram do princípio da dignidade humana, quais sejam, a liberdade, a solidariedade, a integridade psicofísica e a igualdade.

Esse é o avesso da posição assumida pelos bons costumes na ditadura, época em que o conceito era entendido como um conjunto de práticas consideradas boas de acordo com um determinado grupo que dominava através da força as instancias políticas, econômicas e jurídicas. Parece evidente, por todo exposto, que essa concepção negativa está muito aquém das potencialidades que a cláusula de bons costumes assume no contexto social. No entanto, é preciso demonstrar claramente, em termos mais práticos, como essa função democrática pode realmente ser exercida pelos bons costumes.

Nesse sentido, busca-se na construção doutrinária sobre a boa-fé os mesmos fundamentos para os bons costumes. Explica-se: da mesma forma que hoje é evidente que boa-fé não é e nem pode ser apenas a ausência de má-fé - pelo que se tornou insuficiente referir apenas à vertente subjetiva -, bons costumes também não pode ser uma cláusula que sirva apenas para afastar maus costumes, sejam eles quais forem. Isso o próprio ordenamento já seria capaz de fazer, mesmo que a cláusula de bons costumes não existisse, tendo em vista a forçosa conclusão de que os costumes *contra legem* não devem prosperar na ordem jurídica, pelo que aquilo que poderia ser entendido como um costume legalmente "mau", já não seria aceito por ser contrário à lei ou mesmo à Constituição.

Indo mais a fundo nas funções da boa-fé, todas já referidas, pode-se extrair dos bons costumes a mesma tripartição de papéis. 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. Resta, agora, apresentar as peculiaridades de cada uma elas.

Como cânone interpretativo, os bons costumes indicam que em toda e qualquer demanda envolvendo as situações jurídicas subjetivas devem ser orientados 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. Essa função também determina, por conseguinte, que os atos de autonomia existencial não sofram restrições a princípio, sendo admitidas as limitações decorrentes de violação ou ameaça de lesão a direito de terceiros ou mesmo da coletividade.

Como criadora de deveres, tem-se na cláusula geral de bons costumes a necessidade de se impor uma conduta cooperativa 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 CC02, é possível indicar a existência de pelo menos oito deveres decorrentes da cláusula geral em análise:

(i) Dever de cooperação
(ii) Dever de cuidado
(iii) Dever de manutenção do *status quo*
(iv) Dever de oitiva
(v) Dever de não mercantilização
(vi) Dever de não instrumentalização
(vii) Dever de uso funcional da unidade habitacional

(viii) Dever de colaboração deliberativa dos condôminos.

Todos os deveres serão aprofundados no último capítulo. Apenas exemplificativamente, cabe informar que os dois primeiros deveres, de colaboração e de cuidado, podem ser encontrados na aplicação dos bons costumes com relação aos grupos vulneráveis, situação que demanda uma correta vinculação aos deveres de cuidado que decorrem da dignidade da pessoa humana. Trata-se de trazer para o âmbito das relações privadas existenciais os deveres prioritários de cuidados com a parcela da população que mais carece de proteção e cuidados especiais, como acontece com as crianças e com os adolescentes. Assim, foi feliz a positivação da cláusula geral dos bons costumes no artigo destinado ao exercício do poder familiar, pelo que se pode reafirmar a importância dos bons costumes para tutelar a pessoa no ambiente da família democrática, que torna necessário que a conduta (costume) dos integrantes da relação familiar seja de absoluta cooperação e cuidado, deveres que tornam possível o exercício da guarda de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente.

O mesmo se pode dizer, por exemplo, sobre os deveres de uso funcional da unidade habitacional e de colaboração deliberativa entre os condôminos, que se voltam não só para o gozo das áreas comuns e das privativas, como, e principalmente, para as assembleias destinadas às decisões que devem observar em grau máximo os interesses existenciais dos condôminos, pelo que devem apresentar comportamento colaborativo também nas tomadas de decisão coletivas. É evidente que não se trata de aplicar integralmente a doutrina obrigacional dos deveres anexos, mas sim de usar a sua *ratio* e adaptá-la para a cláusula dos bons costumes.

Também os deveres de não mercantilização e de instrumentalização se fazem necessários como desdobramentos da cláusula de bons costumes sobre a autonomia corporal e sobre as condições que não podem ser impostas ao negócio jurídico.

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. Essa é a função principal da cláusula de bons costumes, ainda que as duas anteriores sejam absolutamente importantes para o cenário das relações extrapatrimoniais. 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.

Uma interessante aplicação da cláusula de bons costumes foi feita pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião de demanda sobre um pedido de homologação de sentença estrangeira.[358]Tratava-se de sentença estrangeira de divórcio, guarda e alimentos, proferida pelo Juízo de Primeira Instância da Vara de Sucessões e Família, Divisão de Barnstable, Estados Unidos da América. Nela, os pedidos foram julgados procedentes, de modo que além de concedido o divórcio foi atribuída a guarda exclusivamente à mãe, restando ao pai tão somente o direito de visitação, em termos que seriam também fixados pela mãe. A guarda deferida naquelas condições e uma cláusula que tratava da retirada do filho do Estado de Massachusettes e da possibilidade de tirar o passaporte sem anuência do genitor foram contestadas, tendo em vista a suposta incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Na decisão do STJ, o recurso aos bons costumes foi feito em conjunto com a noção de ordem pública, conjugação que se encontra também no art. 17[359] da Lei de introdução às normas de direito brasileiro e é usada avaliar a procedência do pedido em ações desta natureza. O acórdão STJ levou em consideração o caráter dispositivo das regras fixadas pelo acordo de divórcio no que tange aos direitos patrimoniais, posto que ambos os então cônjuges eram maiores e capazes. Já no que se refere aos aspectos existenciais da sentença, a cláusula sobre a retirada do passaporte e a possibilidade de sair do Estado sem a concordância do genitor foram consideradas em harmonia com a ordem local, posto que conferem ao guardião ferramentas para bem administrar a guarda. Todavia, os demais aspectos existenciais não gozaram da mesma compreensão, pelo que se decidiu que:

> A dita cláusula ofende ordem pública e bons costumes, por conferir à genitora verdadeiro *direito potestativo*. Transcrevo o teor do dispositivo: "1. Será concedida à esposa guarda exclusiva legal e física do filho menor das partes, Nickolas Camargo, nascido em 15 de junho de 2007. Qualquer visita do Esposo ao filho ficará ao critério exclusivo da Esposa". Salta aos olhos que a cláusula não condiz com o sistema constitucional e legal, o qual entende que tais direitos devem ser vistos sob o prisma do melhor interesse do menor. Deve-se, pois, garantir à criança ou adolescente a ampla convivência familiar, salvo exceções de comprovados malefícios no contato com genitor(a).

A aplicação da noção de bons costumes na decisão acima referida foi feliz por alguns importantes aspectos. O primeiro deles diz respeito ao enquadramento da conduta, pelo

---

[358] SEC 10.411/EX, Rel. Min. OG Fernandes , Corte Especial, j.: 05.11.2014. DJ.: 16.12.2014.

[359] Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

que se entendeu contrária à ordem pública a consideração do direito de guarda da genitora como potestativo, afastando a norma cogente que excepciona os casos de perda do poder familiar por ato judicial, nos termos do art.1638, do CC02.[360] Ora, não pode a convenção entre particulares afastar a norma que disciplina o poder familiar, sendo certo que tamanha autonomia na administração da guarda só poderia ser conferida à genitora caso o pai tivesse o poder familiar extinto ou suspenso, o que não ocorreu no caso apreciado.

A segunda razão é ainda mais relevante. Trata-se da aplicação das funções que, segundo esta tese, podem ser atribuídas à cláusula dos bons costumes. A função criadora de deveres está presente na decisão, pelo que se torna necessário observar que todo e qualquer ato de autonomia existencial que repercuta em esfera jurídica alheia a do seu titular deverá cumprir o dever de cooperação, que neste caso será correspondente a ter em consideração a necessidade prioritária de atender ao melhor interesse da criança – princípio que será aprofundado no último capítulo desta tese. No caso, os termos do acordo que prevaleceram na sentença estrangeira não encontraram amparo no contexto jurídico brasileiro, tendo em vista as diretrizes do Código Civil e da Constituição na salvaguarda dos interesses das crianças e dos adolescentes como grupos vulneráveis e merecedores, por isso mesmo, de tutela jurídica em grau máximo de intensidade. Em resumo, entendeu-se pela não homologação desta parte da sentença estrangeira por violar o dever de cooperação decorrente dos bons costumes.

A função interpretativa, por seu turno, se torna clara diante do raciocínio jurídico que qualificou a guarda e sua administração exclusiva como um direito potestativo que, neste caso, poderia impedir o exercício do direito do pai. Cuida-se, neste particular, de interpretação que consagra a necessidade de resguardar o equilíbrio da autonomia familiar de que gozam os genitores, para que o exercício da guarda seja feito de acordo com o princípio do melhor interesse da criança – aqui tomado como desdobramento lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. Naturalmente, como decorrência lógica da incidência da função interpretativa, a função limitadora de direitos se torna evidente, tendo em vista que o direito atribuído à genitora em termos flagrantemente inadequados.

Há que se explicar de antemão algumas importantes objeções a tese aqui defendida sobre as funções dos bons costumes. A primeira delas se refere a uma possível desnecessidade de utilizar a cláusula geral dos bons costumes, tendo em vista que todas as questões envolvendo as hipóteses nas quais ela incide poderiam ser resolvidas diretamente pelos

[360] Em análise aprofundada no item 2.5 do último capítulo desta tese.

princípios constitucionais, diante da aplicação direta nas relações privadas. Sim, é verdade que os princípios poderiam, por si só, resolver todas as questões que se apresentam sobre os bons costumes. E mais, os princípios poderiam também resolver qualquer uma das questões surgidas a partir do Código Civil. Mas o raciocínio deve ser um pouco mais sofisticado.

Na realidade, a riqueza de princípios constitucionais permitiria, inclusive, resolver qualquer tema referente às relações privadas mesmo que não houvesse um código civil brasileiro.[361] E nem por isso se torna razoável lançar objeções sobre o uso das normas infraconstitucionais tendo em vista a existência de princípios constitucionais correlatos. Isso seria o avesso inconveniente de tendência já ultrapassada, que afastava a aplicação da normas constitucionais nas relações privadas. Portanto, a constitucionalização[362] do direito civil implica, justamente, a correta funcionalização dos institutos aos ditames da constituição, fixados pelos princípios que conformam a ordem constitucional democrática.

Como esclarece Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO, a funcionalização é uma das proposições que servem como base para os novos paradigmas que orientam a perspectiva contemporânea do direito civil, sendo tendência que se realiza "com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional"[363]. Deste modo, todo e qualquer dispositivo legal, seja ele de direito público ou de direito privado, não deve apenas não contradizer a Carta de 1988, mas, e principalmente, deve assumir a tarefa positiva de realizar concretamente os valores que foram positivados na Constituição em termos ideais. Nesse particular, foi competente o legislador de 2002 ao adotar amplamente a técnica das cláusulas gerais.

---

[361] Assim é que, de acordo com Pietro Perlingieri, "Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina jurídica de uma relação de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais — e dos valores por elas expressos — em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos" PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589

[362] Vale salientar que sob a designação "Constitucionalização do Direito" têm-se duas acepções distintas que são usualmente empregadas. A primeira delas diz respeito à transferência de temas antes tratados pelas normas inferiores, ou mesmo não considerados como questões juridicamente relevantes, para o texto constitucional. Já a segunda se refere à releitura das normas jurídicas infraconstitucionais por meio do método de interpretação de acordo com a Constituição.

[363] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. In: Tepedino, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

Outra objeção que pode ser feita diz respeito à importação das funções da cláusula da boa-fé para delimitar as funções dos bons costumes. Nesse particular, cabe ressaltar, como foi dito no item destinado à boa-fé objetiva, que esta adaptação não pode ser feita de forma acrítica, de modo que diretamente se aplique às relações existenciais um conceito cunhado para o universo das relações patrimoniais. Esse mecanismo não só seria insuficiente em termos práticos, como seria também absolutamente inadequado sob o prisma do desenvolvimento teórico da matéria.

Isso significa, também, maior dificuldade para determinar quais seriam os deveres gerados pela cláusula de bons costumes, pelo que como é próprio das relações existenciais, o caso concreto pode ser profundamente surpreendente e apontar novos e importantes deveres serem observados. Por tal razão, a descrição dos deveres feita aqui tem cunho meramente didático. E é neste mesmo sentido que o último capítulo desta tese se destina à adequação e exemplificação deste raciocínio diante de cinco hipóteses concretas de aplicação da cláusula.

Antes de partir para a análise dos critérios específicos que podem orientar o intérprete na aplicação concreta da cláusula geral de bons costumes, é oportuno sistematizar as características que podem ser utilizadas para descrevê-la e as funções que foram analisadas nesta etapa da tese. Assim:

(i) A cláusula de bons costumes possui sentido material e alcance autônomos, e por tal razão não pode ser utilizada como mero princípio procedimental, como veículo para a aplicação de outros institutos jurídicos ou como sinônimo de outros elementos de intensa vaguidade contidos no Código de 2002, como os princípios gerais do direito, os usos e costumes e a ordem pública.

(ii) Também não se pode permitir que o recurso aos bons costumes seja feito como reforço ao argumento de violação de outras cláusulas gerais que também limitam a autonomia privada, como acontece, inclusive, em inúmeras decisões judiciais nas quais se sustenta a ilicitude de determinada prática por ser violadora dos bons costumes *ou* da boa-fé, sem que haja uma correta individualização e qualificação de cada conduta.

(iii) Trata-se de elemento moralizador positivado pelo Código Civil de 2002 como limite externo à autonomia de ordem existencial ou extrapatrimonial, que não deve ser tomado como o oposto de maus costumes, mas sim como uma diretriz que determina comportamentos positivos, tal como ocorre com a boa-fé objetiva.

(iv) A noção constitucionalizada de bons costumes se projeta também para o futuro, de modo que não se pode mais utilizar esta clausula como elemento para a manutenção de comportamentos repetitivos, função esta que deve ser atribuída tão somente aos costumes jurídicos.

(v) Se é verdade que a noção de bons costumes não se limita mais à delimitação do que seria um costume contrário à moral social, é igualmente verdadeiro que o papel desta cláusula geral deve assumir, com as devidas adequações - as funções que são reputadas à boa-fé objetiva – que representam a superação do modelo de ausência de má-fé do mesmo modo que se pretende aqui superar a noção negativa e tradicional de bons costumes como costumes "bons".

(vi) Tendo em vista que bons costumes é noção que se aplica ao campo da autonomia existencial, é necessário promover uma adequação cuidadosa das três funções atribuídas à boa-fé para que não haja uma importação acrítica de institutos cunhados para o direito patrimonial, saída que seria insuficiente e absolutamente inapropriada.

(vii) Finalmente, a interpretação constitucionalizada da cláusula geral de bons costumes permite considerar que se trata de elemento moralizador das relações privadas, que impõe limites externos à autonomia existencial através 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 para duas ou mais esferas jurídicas distintas.

Tendo sido apresentadas as características e as funções genéricas da cláusula geral dos bons costumes, parte-se, no próximo capítulo, para a análise específica do tema aplicado às cinco hipóteses concretas positivadas pelo Código Civil de 2002, a fim de encontrar parâmetros que auxiliem o intérprete na aplicação concreta do instituto.

# 3 Interpretação da cláusula geral de bons costumes à luz da Constituição Federal de 1988

Diante das premissas apresentadas ao longo dos dois capítulos anteriores, torna-se necessário verificar quais parâmetros podem ser utilizados para permitir que a aplicação concreta da cláusula geral dos costumes se dê, efetivamente, de acordo com os ditames constitucionais.

Para isso, a primeira parte deste capítulo se dedica à análise do papel que o juiz deve assumir na legalidade constitucional para lidar com institutos moralizadores, como é o caso da cláusula de bons costumes. Considerando que a postura criativa do juiz não pode se converter em decisionismo judicial, torna-se necessário apresentar também o contexto jurídico e político no qual se desenvolve a função jurisdicional atualmente, explicando de que forma, diante do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial, o magistrado pode encontrar a fina medida entre paternalismo e autonomia para julgar sobre as demandas existenciais.

A segunda parte deste capítulo é voltada para a investigação dos critérios concretos que devem ser observados no momento da aplicação da cláusula geral de bons costumes para que esta técnica legislativa sirva de fato aos propósitos democráticos já apresentados. Assim, ainda que a cláusula gere efeitos sobre todos os atos de autonomia existencial de eficácia interpessoal ou social, foi feita a opção didática de demonstrar a pertinência da tese aqui defendida tendo como base os cinco dispositivos que mencionam expressamente a noção de bons costumes, de modo que se ilustre a viabilidade de sua utilização sobre os seguintes campos temáticos: autonomia corporal, autonomia e abuso do direito, autonomia negocial, autonomia condominial e autonomia familiar.

## 3.1. O papel democrático do juiz diante do conflito entre autonomia existencial e paternalismo

### 3.1.1. O papel criativo do juiz - reflexos sobre a atividade judicial no contexto do neoconstitucionalismo

Guardadas as devidas diferenças entre os sistemas da *common law* e o sistema jurídico brasileiro,[364] é oportuna a menção a uma situação que mobilizou a opinião pública americana. Um interessante caso de violação aos costumes[365] aconteceu nos Estados Unidos em 1982, e foi noticiado em diversos canais de comunicação como uma situação que mobilizou a sociedade americana e dividiu os Juízes da Suprema Corte[366]. Michael Hardwich foi preso em flagrante, em seu quarto, praticando sexo oral em outro homem. A cena foi registrada por um policial que ingressou no recinto, munido de mandado, por conta de um fato anterior praticado por Michael, que atrasou o pagamento de uma multa recebida por ter sido encontrado bêbado nas ruas de Atlanta, Estado da Geórgia.

Como fundamento para a referida prisão, foi alegada a violação de um *statute* que proibia "qualquer ato sexual envolvendo os órgãos genitais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra" e definia a pena de um a vinte anos de prisão em caso de violação. O promotor local se recusou a instaurar o processo, mas Michael prosseguiu com a questão, peticionando para que a referida lei fosse declarada inconstitucional. A maioria dos juízes entendeu que "a ideia de que qualquer conduta sexual privada, entre adultos aquiescentes, estaria protegida pela Oitava Emenda, era indefensável". A despeito da posição conservadora assumida pela maioria da Corte, chama atenção, no caso apresentado, o argumento da minoria vencida: "privar os indivíduos do direito de escolherem, por si mesmos, como se haver em suas relações íntimas apresenta uma ameaça muito mais grave

---

[364] SANTOS, Gérson Pereira dos. Introdução à obra *Direito, liberdade, moralidade*, de H. L. A. Hart. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 14

[365] Caso narrado por Gérson Pereira dos Santos, na Introdução à obra *Direito, liberdade, moralidade*, de H. L. A. Hart. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 24

[366] No sistema da common law, o "precedente" (case law) se configura como fonte do direito, inclusive porque apenas de maneira eventual ocorre a erupção das leis escritas (statutes). Nesse contexto, o costume "não deriva a sua eficácia da autoridade do tribunal, e a sanção, por este imposta, é mais declarativa do que constitutiva". Gérson Pereira dos Santos, na Introdução à obra *Direito, liberdade, moralidade*, de H. L. A. Hart. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 24

aos valores mais enraizados da história da nossa nação, do que jamais o faria a intolerância com a inconformidade".

Essas indagações são apresentadas no livro de Herbert Hart, que tem como alguns dos seus objetivos principais investigar a legitimidade da coerção legal da moralidade social e se os juízes poderiam funcionar como *"custos morum, ou como censores e guardiães gerais dos costumes."*[367] Se a resposta fosse afirmativa, como seria operacionalizada essa atuação dos juízes na aplicação de estatutos normativos que versam sobre valores?

Desde que os regimes constitucionais contemporâneos passaram a prestigiar a necessidade de que os juízes justificassem as suas decisões, o controle da atividade jurisdicional não mais se satisfez com os fundamentos de autoridade formal e competência. A segurança jurídica relacionada ao processo de tomada de decisão passou a exigir do intérprete muito mais: seria preciso então recorrer aos fundamentos axiológicos legitimadores das decisões.[368]

As dificuldades enfrentadas pelos juízes para aplicar institutos jurídicos vagos e imprecisos estão presentes na realidade judicial de diversos países com tradição jurídica que permite o recurso a conceitos jurídicos abertos, como é o caso da cláusula geral, e de modo particularmente intenso desde que o constitucionalismo se renovou após a Segunda Guerra Mundial, já que a abertura do direito aos valores constitucionais se opera, principalmente, através do recurso aos princípios jurídicos.

Pela própria natureza, a aplicação dos princípios confere destaque ao papel do juiz, que através deles irá decidir e justificar a aplicação dos elementos axiológicos que melhor se adequam a cada caso concreto analisado. Afirma-se, e não sem razão, que esse cenário de inspiração humanitária é de conteúdo incerto, ou seja, marcado por profundas reflexões divergentes acerca do alcance e dos limites que se colocam à atuação do Poder Judiciário.

Nessa ordem de ideias, a expansão do Poder Judiciário no quadro institucional brasileiro é tema de profundas controvérsias sobre a legitimidade democrática da atuação criativa dos juízes e, naturalmente, sobre seus limites. As polêmicas sobre a questão se intensificaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o

---

[367] HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, p. 39

[368] No ordenamento brasileiro, ressalta-se a previsão do art. art. 93, IX, da Constituição, que determina que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]".

movimento de ascensão institucional do Poder Judiciário tornou-se consequência do giro paradigmático consagrado no texto constitucional.[369] Nesse contexto de renovação metodológica também, e principalmente, para o direito privado, é preciso localizar a atuação do magistrado em face dos fenômenos e acontecimentos sócio-políticos que consagram a mudança paradigmática aqui narrada.

Quais são os contornos sócio-políticos que demandam uma postura mais ativa do magistrado? A partir de qual contexto o magistrado vai lançar mão de uma postura mais ativa para julgar conferir um conteúdo concreto às cláusulas gerais? Afinal, existe um cenário jurídico que permita e até mesmo incentive que a aplicação da cláusula geral de bons costumes seja vinculada à moralidade constitucional, e não somente à moral socialmente aceita como expressão dos valores de uma maioria ou de uma minoria dominante?

Esses questionamentos carecem de algumas breves reflexões sobre duas tendências bastante mencionadas na doutrina jurídica atual: a judicialização e o ativismo judicial. A partir de uma rápida explanação[370] sobre esses pontos, torna-se mais fácil apresentar os caminhos trilhados pelo neoconstitucionalismo e a imposição de uma postura mais ativa do magistrado.

Contemporaneamente, os termos neoconstitucionalismo, judicialização e ativismo judicial estão sempre presentes nos debates relacionados ao problema da legitimidade democrática dos Poderes Legislativo e Judiciário. Intrinsecamente ligados, estes fenômenos decorrem da centralização do Poder Judiciário e esbarram nos mesmos problemas relativos ao desempenho concreto da atividade jurisdicional e do controle de legitimidade dessa atuação. Daí porque a reflexão sobre o papel criativo dos juízes deve ser orientada pela compreensão crítica das três vertentes apontadas.

Analisada como fenômeno mundial, a judicialização é compreendida como a transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para as instituições judiciais.

---

[369] Na realidade, como assenta Werneck Vianna et al., trata-se de fenômeno mundial mais antigo, que se desdobra tardiamente no Brasil e na América Latina em virtude, entre outros fatores, da juventude das democracias latinas. Assim, "nesse contexto, em que o direito e o Poder Judiciário já tinham ampliado sua presença na sociedade e na política, é que vai se instalar, ao longo dos anos 1970, a crise do *Welfare State,* cuja resposta radical se manifestou na emergência do neoliberalismo e suas intervenções no sentido de desregulamentar o mercado e recriar a economia como dimensão autônoma." VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de Judicialização da Política. Disponível em <http://cedes.iuperj.br/PDF/06novembro/judicializacao.pdf> Acesso em 29.set.2009.

[370] Uma análise aprofundada da questão demandaria um estudo autônomo, que fugiria completamente aos objetivos desta tese.

Sendo objeto de profundos estudos no campo da Sociologia e da Teoria Política[371], o fenômeno em questão vem despertando crescente interesse dos estudiosos do campo jurídico, que se dedicam à investigação do papel criativo dos magistrados na legalidade constitucional e, consequentemente, do ativismo judicial. Como sustenta Luis Roberto BARROSO, em apertada síntese,

> *Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.[372]

Assim, compreendida por muitos através de lentes pessimistas e por outros tantos com um otimismo quase ingênuo, a judicialização é um movimento de transferência que revela uma importante zona de indefinição, na qual se aproximam a atividade de criação daquela de interpretação do direito.[373] Daí porque frequentemente a judicialização é acompanhada de outro termo de igual importância e influência, o ativismo judicial.

Enquanto a judicialização é um fenômeno social, ou seja, é um fato, o ativismo judicial, ao contrário, representa uma determinada postura ativa do magistrado diante dos casos concretos, pela qual se adota uma forma de interpretar a Constituição que seja capaz de otimizar o seu alcance e renovar constantemente o seu conteúdo. De modo geral, pode-

---

[371] Sobre o tema, ver, especialmente, VIANNA, Luís Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002; ARANTES, Rogério Bastos *Ministério Público e política no Brasil.* São Paulo. Editora Sumaré, 2002; CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, , nº 23, 2004, pp. 115-126; e ainda VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

[372] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf Acesso: 01 de outubro de 2011.

[373] Anote-se, inclusive, que uma das mais importantes causas que podem ser relacionadas ao desenvolvimento da judicialização é, precisamente, o enfraquecimento da política majoritária e consequente transferência, chamada de politização do jurídico. Assim, para evitar o desgaste da deliberação democrática em matérias de franco desacordo moral, deixa-se para o judiciário decidir a questão (como ocorre frequentemente com casos que envolvam valores contrapostos e frequentemente ligados a concepções religiosas, a exemplo do aborto, do casamento entre pessoas do mesmo sexo). O enfraquecimento da política se dá por fatores diversos que não cabem aqui ser elaborados, mas que podem ser consultados em: VIANNA, Luís Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002

se verificar a seguinte proporção no quadro institucional democrático: quanto mais retraído o Poder Legislativo,[374] mais ativismo se pode encontrar no Poder Judiciário.[375]

Em termos mais concretos, é possível atribuir ao modo ativista diferentes modalidades de condutas capazes de realizar o fenômeno jurídico em análise. Na esfera das mais relevantes, é possível destacar: (i) a aplicação direta da Constituição, ainda que diante do silêncio do legislador ordinário; (ii) a flexibilização dos critérios utilizados para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos de origem legislativa e, por fim, (iii) a não menos importante tendência à determinação de condutas ao Poder Público, especialmente em relação à concretização das políticas públicas e prestação de direitos fundamentais sociais. [376]

É preciso ressaltar, no entanto, que o ativismo judicial, mesmo sendo alvo de críticas de naturezas diversas como a apresentada acima, vem sendo reverenciado como forma de compensação das omissões dos demais órgãos do Poder Público e da possível "crise da separação de poderes". Exemplo claro dessa realidade pode ser encontrado na chamada judicialização sanitária, vertente mais difundida de atuação ativista, segundo a qual as determinações judiciais vêm sendo tomadas como forma de organização dos

---

[374] Em perspectiva diversa daquela que orienta o presente estudo, esse tipo de problema refletido no desequilíbrio da equação democrática, causado pela diminuição qualitativa de um poder e a consequente expansão do outro, é objeto de alerta de Jurgen Habermas. De acordo com a Teoria Procedimentalista da Justiça, "o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia pública e privada [...] só se pode assegurar a igualdade privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado". Para alcançar esse equilíbrio entre a autonomia pública e a privada, Habermas sustenta a necessidade de participação nos processos de deliberação democrática - prática discursiva no âmbito legislativo; fiscalização popular da execução do orçamento; necessidade de controle da atuação administrativa: motivação. Tal se dá, necessariamente, através de sistema minimamente equilibrado entre os poderes, e não pelo reconhecimento de um potencial emancipatório pela via judicial. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Loyola, 2004. p. 301

[375] O oposto se concretizaria naquilo que Luis Roberto Barroso aponta como " *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.". BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf Acesso: 01 de outubro de 2011

[376] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf Acesso: 01 de outubro de 2011.

recursos sanitários, e não raro provocam intenso conflito para o gestor público, que deve se posicionar diante da divergência entre a lei e a decisão judicial.[377]

Antes da emergência da atuação judicial, a proteção da pessoa humana na seara administrativa ficava perdida diante do formalismo legalista que protegia o administrador público sob o manto da discricionariedade administrativa. Assim, esse retrato político-jurídico não é necessariamente negativo, visto que tem desempenhado na realidade brasileira papel de suma importância para suprir omissões dos demais poderes, a fim de assegurar e resguardar a dignidade da pessoa humana nas mais diversas esferas.[378] No entanto, é preciso ponderar, como faz Claudio Pereira de SOUZA NETO, que: "a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das 'condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável[379] de vida (autonomia privada)."[380]

Nesse sentido, cumpre ressaltar que para o equilíbrio democrático entre os poderes não se pode abrir mão das esferas que garantem que as deliberações políticas sejam frutos

---

[377] Exemplo mais comum do tema nos Tribunais está nos pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos, como se verifica nos trechos da seguinte decisão: "O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 2. Proposta a ação objetivando a condenação do ente público ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de ASMA BRÔNQUICA SEVERA. (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 944105/RJ 1ª. T. Rel. Min. Luiz Fux. J. 26/8/2008, DJe 11/9/2008).

[378] Não sem razão, a judicialização é retratada por muitos autores a partir de sua ligação direta com uma espécie de constitucionalismo da efetividade "(...) o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu-se ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais ." BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

[379] É bem verdade que a utilização de conceitos de conteúdo indeterminado - como aquele referido pelo autor "projeto razoável de vida" parece contribuir para o quadro de judiciário de grandes indefinições e de baixíssima uniformidade nas decisões. Veja-se, a esse respeito, que, mesmo sendo aparentemente óbvio que o aparelho auditivo representa uma ferramenta importante para a pessoa que sofre de surdez possa realizar plenamente os atos de autonomia que um projeto razoável de vida comporta, alguns tribunais ainda apresentam posições diversas sobre o tema: "Embora o aparelho auditivo possa assegurar à agravada melhoria na sua qualidade de vida, inexiste prova inequívoca de que o mesmo é indispensável à preservação de sua saúde ou que esta se encontre em risco. Precedentes do tribunal. Provimento ao recurso para revogar a antecipação de tutela deferida." TJRJ, AI 2006.002.27573. Rela. Desa. Cássia Medeiros. J. 13/2/2007

[380] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 540 e ss.

da saudável tensão entre as tendências majoritária e contramajoritária. Em termos simplificados, nem mesmo os simpatizantes mais enérgicos do ativismo judicial buscam a hegemonia do Poder Judiciário, daí porque a discreta medida apontada por Claúdio Pereira de SOUZA NETO parece ser fundamental para demarcar com relativa segurança a liberdade de atuação do magistrado e as hipóteses legítimas de intervenção.

Trata-se de buscar na competência epistemológica dos juízes as condições necessárias para o desenvolvimento da vida digna de acordo com as diretrizes constitucionais, mas é preciso, acima de tudo, frear o movimento segundo o qual o Poder Judiciário usurparia funções dos outros Poderes a fim de realizar políticas públicas. Em síntese, um Poder Judiciário promocional deve contar com juízes, e não justiceiros, pois o papel criativo do magistrado está inscrito na legalidade constitucional, e opera por força da renovação metodológica imposta pela Constituição, e não por manifestações arbitrárias.

É preciso acrescentar a esse cenário apresentado algumas reflexões sobre a plataforma teórica que permitiu o desenvolvimento das tendências judiciais apontadas acima. De difícil definição, o neoconstitucionalismo provavelmente não pode ser encerrado em conceitos fechados em virtude da multiplicidade de opiniões que fortalecem o debate sobre o tema. Diversos autores, de matizes jusfilosóficas e de filosofia política diferenciadas, lançam olhares próprios sobre a referida tendência jurídica, pelo que se pode afirmar que não existe "um único neoconstitucionalismo[381], que corresponda a uma concepção clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes[382], o

[381] A diversidade de sentidos é apontada e esclarecida por Antonio Cavalcanti Maia, na referência à coletânea organizada por Miguel Carbonell, publicada em 2003 com o título *Neoconstitucionalismo(s)*: "O uso do plural permite que estejam subsumidas ao rótulo neoconstitucionalista, por um lado não só aos trabalhos teóricos de Alexy (e Dworkin em última instância) e de todos os seus inúmeros seguidores, e, por outro, toda a linhagem de autores filiadas ao positivismo jurídico anglo-saxônico – em especial de inspiração hartiana, em seu aggiornamento em face da atual conjuntura do pensamento jusfilosófico". MAIA, Antônio. Sobre a teoria constitucional brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ- Revista *Quaestio Iuris*, 2012. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br.

[382] Apesar da aludida multiplicidade de concepções, Bernardo Medeiros, com base nas observações de Adrian SGARBI, aponta alguns postulados que poderiam ser considerados gerais e compartilhados pela postura neoconstitucionalista. São eles: "(1) A existência de uma conexão necessária entre moral e direito, sendo que alguns autores chegam a contestar a existência de direito quando esta conexão não é respeitada. Em sua base encontram-se os valores constitucionais consagrados; (2) A defesa de um ponto de vista do participante (ou interno) como condição sine qua non para compreensão do próprio fenômeno jurídico; (3) O questionamento da possibilidade do estabelecimento de um conhecimento jurídico que prescinda de valorações e seja meramente descritivo do fenômeno jurídico; e (4) A defesa da idéia de ser o Estado constitucional o "marco justo" para o exercício do poder. Desta forma, quando este modelo é adotado, torna-se sustentável a obrigação de obediência ao direito" (5) O surgimento de uma "nova interpretação constitucional", uma "interpretação criativa", marcada pela maior atuação do poder judiciário, uso da

que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa."[383]

Em oposição ao positivismo formalista,[384]/[385] calcado na lógica formal da subsunção e do silogismo,[386] o neoconstitucionalismo[387] se dedica, como aponta Daniel SARMENTO, "à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os casos difíceis do direito"[388] No mesmo sentido, afirma-se que, enquanto o constitucionalismo tradicional que dominou a período entre as duas grandes guerras cumpria a tarefa de reprimir o poder estatal a fim de assegurar o vasto campo de desenvolvimento das potencialidades e liberdades privadas, o neoconstitucionalismo desenvolve suas premissas de acordo com uma perspectiva francamente positiva. Trata-se, sobretudo, do

---

ponderação para os "casos difíceis" e adotando a argumentação como mecanismo de controle." MEDEIROS, Bernardo. O papel do positivismo jurídico no Estado Constitucional Contemporâneo. Publicado nos Anais do Conpedi. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/bernardo_abreu_de_medeiros2.pdf . Acesso:20 de maio de 2011.

[383] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 115.

[384] Acerca do formalismo, anota STRUCHINER, Noel, que: "Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade de exercício do poder discricionário pelos aplicadores do direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no direito e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria sobre o direito é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuiria para o funcionamento do direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista desconsidera a textura aberta da linguagem." *Direito e linguagem*: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 133

[385] Tradicionalmente empregado para denominar uma postura antipositivista de se aproximar do direito, o neoconstitucionalismo representa o último desafio ao juspositivismo, ao menos em ordem de tempo. Além disso, a perspectiva neoconstitucionalista teria enriquecido e intensificado o tradicional debate entre juspositivismo e jusnaturalismo. Ver: DUARTE, Écio Oto Ramos. Neconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Suzanna e DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição* . São Paulo, Landy Editora, 2006., p.15.

[386] O silogismo é uma forma de encadeamento de proposições. Na lógica do silogismo, se são aceitas as premissas, então consequentemente devem ser aceitas as conclusões delas decorrentes. Como esclarece Manuel ATIENZA, "El ejemplo tradicional y bien conocido es el silogismo que tiene a Sócrates como protagonista: Todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; luego, Sócrates es mortal. Quien acepta la verdad de las primeras proposiciones (la mortalidad de los hombres y la humanidad de Sócrates) viene obligado a aceptar también la última, la conclusión de que Sócrates es mortal". ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.** Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm#I_8_. Último acesso: 01.02.2015.

[387] Para uma análise crítica da questão, ver, especialmente, POZZOLO, Susana. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio O. Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006; e FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.)., *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003.

[388] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119.

"afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas."[389]

No âmbito do das relações privadas, o neoconstitucionalismo reforça a ideia de aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, a fim de realizar, no mais alto grau, as diretrizes constitucionais de proteção da pessoa. Isso significa, por seu turno, que alguns instrumentos previstos pela legislação infraconstitucional, especialmente pelo Código Civil, assumem protagonismo na seara judicial. Nesse sentido, como afirma Fátima Nancy ANDRIGHI,

> [...] os juízes brasileiros estão encerrando uma época e um modo de julgar cuja atribuição era apenas enquadrar o fato à norma, reconhecendo seus efeitos, para ingressar em uma nova época, cuja função jurisdicional exige a criação da norma para o fato concreto, sempre respeitando os princípios constitucionais aos quais a nenhum intérprete é permitido olvidar. Desse rico cenário jurídico, surge o poder criador do juiz, cuja chave-mestra é a alvissareira cláusula geral.[390]

No entanto, é preciso conservar o olhar crítico ao refletir sobre esse tripé que sustenta as novas linhas do desenho institucional brasileiro. Torna-se necessário verificar algumas das principais objeções lançadas ao tema. A relevância cada vez maior do papel exercido pelo Poder Judiciário na democracia brasileira contemporânea é objeto de diversas ponderações, que englobam críticas e alertas de naturezas diversas, e vão desde a legitimidade dos juízes para atuar na ausência de regulamentação específica, até a elitização do debate público.

A primeira e mais comum de todas as críticas se dirige ao seguinte questionamento: de onde vem a legitimidade dos juízes para tomarem partido em questões que tradicionalmente cabem o campo da deliberação democrática, ou seja, ao Poder Legislativo? A base para indagações desta natureza está na figura da eleição.

Os juízes assumem o papel formalmente legítimo de arbitrar em última instância a denominada razão pública,[391] sem passar pelo crivo do poder popular. Naturalmente, suas virtudes são verificadas objetivamente, através de seleção de provas e títulos que buscam verificar a capacidade do agente para responder institucionalmente pela atividade jurisdicional. Não há participação popular neste processo, daí porque não se poderia, em

---

[389] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

[390] Andrighi, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: Tepedino, Gustavo (org). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 291

[391] POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre a argumentação e interpretação. In: MAIA, Antonio Cavalcanti. et al (orgs) *Perspectivas atuais da filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 449 e ss

tese, permitir que os magistrados atuassem em questões de política pública, intrinsecamente ligadas à prestação jurisdicional de direitos inerentes à vida digna.

Ora, a esse respeito é importante salientar que o a judicialização, enquanto fato social, o ativismo, como atitude jurisdicional, e o neoconstitucionalismo, como base teórica que permite a postura positiva do direito, não atuam para esvaziar as instâncias tradicionais de definição de políticas públicas e diretrizes populares. Na verdade, trata-se de permitir o recurso a uma via alternativa, quando da omissão ou fracasso das instâncias originariamente designadas para a resolução das questões que vêm sendo apreciadas pelo Poder Judiciário.

Recusar essa possibilidade, como via alternativa, significaria inviabilizar a efetivação de um sistema de equilíbrio democrático entre os próprios poderes, além de negar completamente o direito como caminho emancipatório, como meio hábil a concretização dos valores assentados pela Constituição. Como ficariam as situações esmagadas ou esquecidas pelo jogo majoritário do campo deliberativo se não fosse permitido ao Poder Judiciário executar justamente a força contra a corrente, o poder contra majoritário[392]? Assim, restringir a efetivação dos ditames da Constituição apenas ao Poder Legislativo seria inviabilizar o projeto neoconstitucionalista, realocando o Poder Judiciário numa postura negativa, própria do constitucionalismo de outrora.

Outro ponto que se coloca para evitar a transformação do Poder Judiciário em instância hegemônica é encontrado em "duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos."[393] A capacidade institucional está ligada à verificação do potencial que cada Poder apresenta para proferir a decisão mais adequada em cada matéria, o que envolve, necessariamente determinados conhecimentos de cunho técnico ou científico que não são comumente de domínio do magistrado. No entanto, não se trata de problema exclusivo do Poder Judiciário, pois

---

[392] Situação muito comum acerca de temas cujo consenso é impedido, sobretudo, por razões morais de ordem religiosa ou mesmo por ir de encontro aos interesses de um grupo dominante no cenário legislativo. É o que ocorre no Brasil sobre questões envolvendo as relações homoafetivas, por exemplo, cuja proteção ainda se dá somente pela via judicial – enquanto não faltam tentativas legislativas de estancar esse processo de reconhecimento de direitos, como se verifica no Projeto de Lei 6583/13, conhecido como Estatuto da Família.

[393] BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf Último acesso: 29 de setembro de 2011.

qualquer dos Poderes em sua esfera de atuação encontrará obstáculos dessa natureza, ou seja, a falta de informação ou conhecimento específico sobre determinado tema. [394]

Os efeitos sistêmicos são explicados por Luis Roberto BARROSO como o risco de consequências "imprevisíveis e indesejáveis que podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público".[395] Essa é uma das objeções mais consistentes, tendo em vista que não se reputa ao juiz politizar as suas análises, assumindo cautelas próprias das tomadas de decisão do campo político. Outra questão que se coloca é a elitização do debate público, tendo em vista o próprio perfil da magistratura e a natureza da linguagem jurídica, além da burocracia do aparato judicial e do amplo desconhecimento de direitos caracteriza a cultura jurídica brasileira. Assim, não seria fácil para todas as camadas da população brasileira alcançar e penetrar na esfera judicial.

De fato, alguns desses argumentos acerca da limitação do debate convencem facilmente a primeira vista. No entanto, uma percepção mais aprofundada induz à conclusão diversa. A estrutura do Poder Judiciário é organizada por competências que refletem a distribuição de poder por práticas históricas, aquilo que será denominado por Pierre Bourdieu como *habitus*[396]. O habitus impõe o ethos social de determinado campo. Razão pela qual o poder judiciário seria demarcado por reiterações de práticas e rituais simbólicos que funcionam como a estrutura de sustentação do poder estabelecido.

Trata-se de um capital simbólico formado por uma série de caracteres subjetivos como história de vida familiar, laços sociais, visões de mundo que garante a reprodução do ideário dominante no interior do próprio poder judiciário. Sabe-se que o acesso à magistratura é diferenciado por questões estruturais cuja exploração não cabe nos limites deste estudo. No entanto, a elitização da magistratura não implica elitização do debate

---

[394] Por tal razão, não faltam instrumentos em sede de cada um dos Poderes para suprir as falhas inerentes à capacidade institucional, pelo que se verifica, por exemplo, a perícia técnica no campo judiciário para auxiliar o intérprete na realização de julgamentos condizentes com as particularidades técnicas da demanda, do mesmo modo que as casas legislativas, assim como o Executivo, podem formar comissões a fim de aprofundar o conhecimento sobre determinada área, contando para isso com pessoas especializadas para fornecer pareceres técnicos.

[395] BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf Último acesso: 29 de setembro de 2011.

[396] Sobre o conceito de habitus e de sua relação com o ethos social no campo jurídico ver: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico.* Lisboa: Difusão Editorial Ltda, 1989.

político. Explica-se: o perigo seria real caso fosse verificada a hegemonia do Poder Judiciário, questão essa afastada por qualquer simpatizante do tema que seja democraticamente comprometido com o equilíbrio de forças e representações populares.

Este ponto é particularmente sensível ao tema dos bons costumes, tendo em vista que todo elemento moralizador requer do intérprete um intenso controle das convicções que orientaram o seu juízo diante das peculiaridades do caso concreto. No entanto, não havendo hegemonia, mas tão somente uma autenticidade do Poder Judiciário, especialmente necessária diante da já explicitada demanda de efetivação dos ditames constitucionais, parece lícito afirmar que as principais objeções apresentadas servem como alerta, muito mais do que como crítica. Não acontecem necessariamente, e muito menos decorrem diretamente do tripé analisado. No entanto, jamais podem ser esquecidas a fim de que se resguarde uma linha de equilíbrio entre a atuação de todos os Poderes na efetividade da Constituição.

Feita esta brevíssima contextualização do fenômeno do qual se destaca a preocupação desta parte da tese, qual seja, a atuação criativa do magistrado, torna-se imperioso avançar para uma análise focada não mais nas condições político-sociais que possibilitam a criatividade, mas sim nos problemas enfrentados concretamente pelos juízes no julgamento de questões jurídicas envolvendo a aplicação das cláusulas gerais de conteúdo indeterminado nas relações entre particulares.

### 3.1.2. A interpretação de cláusulas gerais de acordo com a metodologia civil-constitucional

Como se viu no item anterior, no contexto do neoconstitucionalismo as atenções se voltam para o Poder Judiciário com força inédita na história do país. O protagonismo assumido pela atividade judicial é recorrentemente apontado como a causa mais frequente de insegurança jurídica, por todos os fatores já expostos. A questão se torna ainda mais delicada na aplicação de instrumentos moralizadores como é o caso dos bons costumes,

tendo em vista que "quando o direito incorpora conceitos morais, as decisões judiciais passam a se aproximar das decisões morais"[397] .

A questão das cláusulas gerais foi referência no discurso de diversos juristas que participaram dos debates parlamentares sobre os aspectos fundamentais do Código Civil de 2002. Neste sentido, Fábio Konder COMPARATO protagonizou as reflexões sobre o papel da codificação como movimento legislativo, destacando a necessidade de utilizar enunciados normativos de significado mais amplo, a fim de garantir a constante adaptação do texto jurídico à realidade social:

> O conhecido fenômeno da "aceleração histórica" veio colocar em primeiro plano, na ordem das preocupações, a indispensável adaptação da lei à rápida transformação das condições de vida em sociedade. Assim, se de um lado se reconheceu à jurisprudência o papel fundamental de operar, sem dilacerações, esse trabalho diuturno de ajustamento normativo, de outro incitou-se o legislador a abandonar definitivamente a técnica casuísta, pela redação de fórmulas gerais ou standards, cujo conteúdo não aparece ligado a uma época histórica determinada. No Código Civil alemão, por exemplo, fórmulas dessa ordem, tais como a "boa-fé" (Treu und Glauben, § 142), "espírito vexatório" (§ 226) e "bons costumes" (§ 326), têm permitido suspender, praticamente, a aplicação de normas especiais consideradas insatisfatórias, no caso concreto, contrariando a antiga máxima de que specialia generalibus derogant.[398]

Também nos debates parlamentares ocorridos durante a tramitação do Projeto de Lei que resultou no Código Civil de 2002, foi ressaltada a importância de que os critérios éticos positivados no texto legal fossem considerados a partir da potência que carregam para gerar repercussões concretas nas relações privadas. Tais preceitos serviriam para concretizar os valores do ordenamento, em especial os do Código Civil, que tem na eticidade um de seus traços mais característicos.

A função desempenhada por institutos desta natureza – indeterminados – seria ainda mais relevante já que o Código material cumpriria o papel de complementar as diretrizes apresentadas pelo Código de Processo Civil sobre as decisões por equidade. Isso significa que, como o Código processual determinou expressamente que o juiz só

---

[397] STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental.* 1. ed. - Rio de Janeiro : PUC-Rio, 2014, p. 10

[398] COMPARATO, Fábio. Audiência Pública. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org). *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: Elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002, Audiências públicas e relatórios (1975-1983)*, v.1, t. I. Câmara dos Deputados, p.491

Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/9668 Acesso em 12.05.2013

pode resolver as questões por equidade quando autorizado por lei[399], tornou-se necessário fazer constar no Código Civil tais previsões legais, possibilitando a concretização plena dos valores previstos pelo legislador. [400]

De acordo com esse raciocínio, a abertura legislativa feita através das cláusulas gerais deve ser reverenciada, como já se afirmou no capítulo anterior, como mecanismo que permite a realização concreta do direito de acordo com os ideais de justiça de uma sociedade. No entanto, não se pode ignorar o vasto campo de incertezas que surge a partir daí, já que esta tendência se opõe francamente àquela que predominou no desenvolvimento jurídico do direito civil tradicional.

Com a formação do Estado Moderno, a lei expressa e clara sobre o caso concreto desempenhava um limite basicamente intransponível à atividade de interpretação. Como afirma Perlingieri, "o *casus legis*, como o caso decidido pela lei, representava os confins da *interpretatio*, de modo que, quando a lei parecia *irrationabilis*, dizia-se *dura lex sed lex."*[401] Daí a máxima que ainda hoje fundamenta a dicotomia casos fáceis – casos difíceis, *a in claris non fit interpretatio*, diante da qual a clareza do texto seria avaliada a priori, como se fosse possível apreender o sentido do texto de forma destacada do seu contexto. Diante da clareza, restaria a subsunção pura e simples. Ou seja, a partir da distinção entre *casus legis*[402] e *casus dubius*, seria legítimo sustentar a técnica da subsunção para os primeiros, reservando o esforço argumentativo somente para os "casos sem solução fácil".[403]

É frequente a alegação de que a aplicação de cláusulas gerais – assim como demais instrumentos normativos que versam sobre conteúdos indeterminados, como é o caso dos

---

[399] Conforme artigo Art. 127. "O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei".

[400] De acordo com Miguel Reale, "Na Ciência Jurídica dos nossos dias, uma das correntes dominantes é a chamada "teoria da concreção jurídica", ou da "experiência jurídica". É uma corrente que luta contra o formalismo jurídico, um mal de que padece o bacharelismo brasileiro: excesso de forma e excesso de formalismo. Há uma luta, na Ciência Jurídica contemporânea, no sentido de preferir o Direito como concreção e não mais como abstração formal."REALE, Miguel. Audiência Pública. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org). *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: Elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002, Audiências públicas e relatórios (1975-1983)*, v.1, t. I. Câmara dos Deputados, p.72.

Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/9668 Acesso em 12.05.2013

[401] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.611.

[402]Acerca da questão, preleciona Perlingieri que "outro pressuposto fundamental de tal enfoque é a separação em dois momentos – relevância da norma e sua aplicação – considerando-se inadmissível e puramente imaginária a circularidade entre norma e fato, possibilidade que foi aduzida, ao contrário, a favor de um procedimento único e global, no qual interpretação e aplicação representam aspectos de um mesmo fenômeno da individualização da normativa no caso concreto" PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.615

[403] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.614.

princípios – gera inevitavelmente a ocorrência de casos difíceis. Isso aconteceria em virtude das diversas concepções morais que podem conviver num ambiente pluralista e que, eventualmente, podem colidir no caso concreto. Acerca da configuração dos casos sem solução fácil, Luis Roberto BARROSO sustenta que o caso difícil pode ocorrer em virtude de três diferentes fatores: a colisão de normas constitucionais, o desacordo moral razoável e a ambiguidade da linguagem. A presença de um desses elementos seria o marco da dicotomia assim descrita pelo autor:

> Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção. O proprietário de um imóvel urbano deve pagar imposto predial. A Constituição não permite ao Chefe do Executivo um terceiro mandato. Já os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma. Pode um artista, em nome do direito de privacidade, impedir a divulgação de sua biografia, escrita por um pesquisador? Pode o autor de uma ação de investigação de paternidade exigir que o indigitado pai se submeta coativamente a exame de DNA?[404]

Assim, dentre os fatores levantados por Barroso anteriormente, a questão da linguagem é o principal aspecto problemático na concepção de que é possível definir, de antemão, que existem casos cuja solução é fácil, em oposição aos demais casos cuja solução não se apresenta de forma tão elementar. O erro aqui reside na eleição equivocada das premissas: é a clareza do texto tomada como um *prius*, e não como um *posterius*. Isso porque, nessa lógica, a clareza se torna uma característica meramente linguística e não propriamente o resultado de um atividade interpretativa.

As palavras possuem significados diversificados. A inquietação causada por essa questão sempre existiu para os teóricos do positivismo de preocupações linguísticas, cujo principal expoente é Herbert HART, para quem as imprecisões lingüísticas são denominadas como *textura aberta, o* que significa, precisamente, a ideia de que: "Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis."[405]

---

[404] BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf Último acesso: 29 de setembro de 2011.

[405] HART, Herbert L.A. *The concept of law.* Oxford: Oxford University Press. Trad: A. Ribeiro Mendes. *O conceito de direito,* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 148-149.

Nos casos em que, de acordo com a textura aberta, a simples letra da norma seria suficiente para a sua aplicação concreta, HART[406] sustenta a existência da denominada de "zona clara de aplicação do direito", enquanto que quando a orientação fornecida pela norma não possa ser utilizada de forma direta, tem-se a chamada "zona de penumbra".

Por todo o exposto, o poder criativo do juiz é comumente tratado como um problema próprio dos casos difíceis. Esta concepção não se coaduna com as premissas sustentadas pela metodologia civil-constitucional, como se verá a seguir, pois, na realidade, a insegurança causada pelo poder criativo dos juízes é questão que pode ser encontrada em qualquer caso que se submeta à avaliação judicial.

Em outros termos, considerada unicamente como um problema de linguagem, a interpretação só voltaria seus olhos ao papel criativo do juiz quando da ocorrência do chamado caso difícil, até porque somente em tais circunstâncias seria possível o recurso a elementos que transcendem o texto normativo, como é a situação dos valores. O reducionismo desta perspectiva a torna francamente inadequada frente à metodologia civil-constitucional aqui adotada. É preciso salientar, portanto, que o caráter problemático das proposições linguísticas é, indiscutivelmente, uma questão que só pode ser resolvida numa perspectiva relacional e concreta: o texto sem o contexto não é claro nem obscuro, ainda não ganhou significado, ainda está vazio de sentido.[407]

Por tal razão, "a clareza de uma disposição normativa é uma qualificação relativa, não tem um alcance absoluto", e em função de tal constatação, afirma-se: "Claro é aquele texto que, lido em conexão com outros, com os princípios relevantes na hipótese concreta, adquire significado normativo sem que seja necessário forçar abertamente a sua letra."[408] Assim, nada impede que de fato haja uma disposição normativa que possa ser classificada como clara, mas essa clareza jamais será universal, sendo sempre relativa a um determinado caso, conclusão a que se chega após o processo de interpretação da proposição legal. Refuta-se, portanto, um significado natural das palavras, daí porque,

---

[406] A principal preocupação da teoria analítica desenvolvida por Hart é de delimitar *"os contornos do Direito e de analisar seus conceitos através de um modelo teórico – contextualizado – de reflexão sobre o pensamento jurídicos com cuidados de cunho linguísitco"* SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 01.

[407] Ainda que possam existir outras teorias sobre interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos, essa é a posição sobre a interpretação do direito civil que se relaciona coerentemente com a metodologia civil-constitucional, e, afinal, é por isso que ela é o ponto de partida para a compreensão do papel do intérprete diante das cláusulas gerais. Essa observação é relevante, sobretudo, porque "o que essencialmente se exige do jurista é a coerência com o método adotado.". PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88

[408] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.621.

sendo a clareza um *posterius,* como já afirmado, não há espaço para o processo mecânico de subsunção para os casos fáceis.

Isso porque, como afirma PERLINGIERI, o conhecimento do sentido não pode deixar de ser influenciado pelo procedimento segundo o qual o caso deve ser confrontado com todo o ordenamento jurídico, pelo que a aplicação de determinada proposição normativa ao caso concreto jamais deve ser resultado da subsunção[409]. Nessa mesma ordem de ideias, até mesmo quando o intérprete chega à conclusão da relativa clareza de determinada norma, o faz, ou pelo menos é o que deve fazer, por via de um processo sistemático-axiológico, e não subsuntivo. Como consequência: "entender a norma não é, e nem pode ser, o resultado de uma exegese puramente literal, mas é a individualização da sua lógica e da sua justificação axiológica; e isso é impossível sem levar em conta o restante do ordenamento e dos princípios que o sustentam"[410]

É justamente neste ponto que o juízo de legitimidade se concretiza. Assim, não importa qual o tipo de demanda e nem a aparente clareza que as regras aplicáveis possam oferecer: diante de todo caso o magistrado deve buscar nos valores contidos na Constituição a justificação axiológica das normas que vão embasar o seu julgamento. Tendo isso em vista, torna-se imperioso garantir que o recurso aos valores seja, de fato, feito de acordo com a moralidade constitucional, pois, como afirma Maria Celina BODIN DE MORAES, a "superação de uma aplicação robótica da lei não pode servir de pretexto para se conferir à magistratura carta branca para decidir de acordo com suas concepções pessoais, mediante a invocação genérica de algum princípio constitucional que o juiz acredite amparar sua própria e individual versão de justiça".[411]

A segurança deste processo está atrelada a dois fatores ligados entre si. O primeiro deles é a exigência de que toda decisão seja motivada e, como consequência, o segundo fator é que os fundamentos utilizados tenham amparo constitucional. Neste sentido, há inúmeras decisões judiciais que demonstram que a abertura do direito para os valores vem sendo operacionalizada pelos juízes de maneiras diversas, e este raciocínio pode ser

---

[409] Não sem razão, o problema da falsa clareza do texto é objeto de preocupação de um dos expoentes do pensamento neoconstitucionalista, Gustavo Zagrebelsky. Para o autor, a norma deve ser encontrada no meio de dois limites: o superior, os princípios que informam todo o ordenamento; e o inferior, que é o caso concreto. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, Derechos e justícia*. Traducción de Maria Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995

[410] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.629

[411] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Os últimos vinte e cinco anos e o futuro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, editorial/2013. Disponível http://civilistica.com/os-ultimos-25-anos-e-o-futuro/. Último acesso: 05.01.2015

melhor compreendido no trecho a seguir, de autoria do Ministro Marco Aurélio, em sede de Recurso Extraordinário:

> [...] desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo. Não encontrando apoio na dogmática, despreza a solução que lhe pareceu mais justa e atua segundo a vontade da lei.[412]

A leitura da primeira fase apontada na transcrição anterior induz a um certo desconforto, ainda que teoricamente seja de conhecimento geral o recurso primeiro a pré-compreensões[413]. Isso porque, se fixada apenas na primeira fase apresentada, a decisão judicial tornaria inalcançável qualquer pretensão de segurança jurídica, tendo em vista que, como alerta GADAMER, "naturalmente o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado [...]."[414]

No entanto, a parte final do trecho analisado revela a forma pela qual o Ministro Marco Aurélio busca controlar as suas convicções e legitimamente aplicá-las quando e se elas se adequarem ao ordenamento jurídico, refletindo os ditames legais. Distancia-se, assim, da noção de arbitrariedade e insegurança jurídica que de fato podem surgir da simples constatação de que a primeira fase de formação da decisão judicial é

---

[412] STF, 2ª T, RE 140.265-2, Rel. Min. Marco Aurélio, julg.: 20/10/1992. No mesmo sentido, STF, 2ª T., RE 111787, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 16/04/1991. Interessante, ainda, transcrever parte da ementa que revela a questão posta: "Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la [...]"

[413] A fim de tornar claro o conceito de pré-compreensão, recorre-se ao pensamento de Pietro PERLINGIERI, que sistematiza as fases apresentadas pelo Ministro no trecho relatado da seguinte maneira: "[...] quem quer que tenha de resolver um problema, o faz a partir de uma hipótese que ele próprio formula. No procedimento interpretativo acontece alguma coisa semelhante e, todavia, mais complexa. Registram-se assunções originárias de sentido, ou seja, uma disposição inicial do intérprete a entender o texto de um certo modo: o sentido que o texto deverá comunicar é percebido de um determinado horizonte de expectativa (estamos dispostos a receber, a entender a mensagem de um certo modo), o qual influencia o ato de interpretação e o seu próprio resultado". PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.607.

[414] GADAMER, Verdade e Método, p. 393. Apud CAMARGO, Margarida Lacombe. A nova hermenêutica. In: SARMENTO, Daniel. (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 361.

extremamente subjetiva e externamente incontrolável[415]. A esse respeito, Pietro PERLINGIERI assevera que:

> A pré-compreensão não pode se tornar um preconceito e impedir, assim, uma plena compreensão do texto: ela não se resolve em um imotivado e pré-constituído preconceito subjetivo, desde que saiba conservar as suas prerrogativas de potencialidade aberta e de projeto dinâmico, que aceita se medir, por um lado, com as dificuldades do texto jurídico e, de outro, com a especificidade de cada caso.[416]

A passagem das pré-compreensões para o campo da decisão judicial deve ser pautada, então, por um procedimento lógico-axiológico.[417] Este processo é orientado a partir dos seguintes fatores de verificação: adequação, proporcionalidade e razoabilidade.[418] Desse modo, torna-se imperioso constatar que lutar contra as pré-compreensões seria tarefa fadada ao fracasso. Se nenhum ser humano habita um vazio axiológico-cultural, seria absolutamente inócuo exigir do juiz uma neutralidade no processo de tomada de decisão[419]. Na realidade, a pré-compreensão[420] do magistrado desempenha papel fundamental para a realização do princípio da justiça desde que possa ser controlada, verificada e aplicada de acordo com o determinado pelo ordenamento jurídico, em especial os ditames constitucionais. Como afirma Luis Roberto BARROSO,

> Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão . É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas[421]

---

[415] Não sem razão, pondera Manuel Atienza que: "É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação" ATIENZA, Manuel *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica,* São Paulo: Landy, 2006, p.23.

[416] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.608.

[417] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.609.

[418] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.609.

[419] SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.13

[420] Para aprofundar o tema das compreensões, ver também: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[421] BARROSO, Luís Roberto. Diferente, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 17 – jan./jun. 2011, p. 110.

Assim, no que se refere às pré-compreensões, o poder criativo do juiz não se converte necessariamente em decisionismo judicial. Para afastar arbitrariedades, segue-se a lógica segundo a qual os valores que informam a pré-compreensão do intérprete só poderão ser incorporados à decisão se for possível encontrar o correspectivo axiológico na Constituição. Eis o controle efetivo do recurso à moralidade: garantir que a referência seja sempre, e obrigatoriamente, a moralidade constitucional.

Naturalmente, esse processo necessita de uma forte explicitação dos valores incorporados na decisão, a fim de que seja possível executar o controle externo da legitimidade das decisões judiciais. É lícito afirmar, diante do exposto, que a pré-compreensão é inevitável e desejável, mas se torna a porta de entrada do decisionismo se as razões que orientam o julgador não forem publicizadas, pelo que a motivação das decisões judiciais assume redobrada importância nesse contexto.

Todavia, é preciso sublinhar que o perigo que ronda o papel criativo do juiz é também fruto do déficit de estudos doutrinários que os magistrados enfrentam na aplicação das cláusulas gerais. No contexto do neoconstitucionalismo e de uma desejada postura mais ativa do magistrado, não pode a doutrina se recolher diante dos conceitos mais desafiadores de direito civil, como é o caso dos bons costumes e dos demais institutos moralizadores. Em síntese de Maria Celina BODIN DE MORAES, "não foram ainda, como se sabe, elaborados critérios (ou mesmo parâmetros) minimamente objetivos que possam auxiliar o juiz nessas difíceis tarefas, atribuídas, inteira e quase exclusivamente, à sua consciência".[422]

A importância da expansão dos estudos doutrinários se torna ainda mais clara diante da inexperiência dos tribunais para julgar com base em princípios e, de modo geral, sobre conceitos de conteúdo indeterminado. De fato, a pertinência deste raciocínio é inegável diante da posição de parcela da magistratura que insiste em colocar a produção jurisprudencial em lugar de superioridade com relação aos estudos e pesquisas que se debruçam sobre esses temas espinhosos. Assim parece ser a posição do Min. Humberto Gomes de Barros, cuja opinião é emblemática:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles

---

[422] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Professores ou juízes?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, editorial/2014. Disponível http://civilistica.com/professores-ou-juizes/. Último acesso: 05.01.2015

> que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. (…) Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.[423]

Em suma, os juízes não justificam corretamente a sua decisão, mas a doutrina também não se debruça sobre temas espinhosos que envolvam valores e, por isso, não consegue fornecer critérios e parâmetros para auxiliar o julgador diante do caso concreto. No que se refere ao universo particular do objeto desta tese, para ajudar a romper com esse movimento gerador de incertezas, é necessário tornar claro como o intérprete pode se socorrer de determinados parâmetros para concretizar o projeto constitucional de desenvolvimento pessoal democrático em toda e qualquer demanda que envolva a cláusula geral de bons costumes presente no Código Civil de 2002.

Daí porque os próximos itens deste capítulo são destinados à análise da aplicação de bons costumes em cada uma das situações nas quais a cláusula foi positivada expressamente, ainda que, na qualidade de cláusula geral limitadora da autonomia existencial ela possa ser aplicada a qualquer demanda de natureza extrapatrimonial. Há que se respeitar, contudo, os requisitos apresentados no primeiro capítulo desta tese, de modo que as situações jurídicas de eficácia estritamente pessoal estão fora dos efeitos dos bons costumes.

## 3.2. Critérios para a interpretação da cláusula geral de bons costumes nas hipóteses previstas expressamente pelo Código Civil de 2002

### 3.2.1. Autonomia corporal

[423] STJ, 1ª Seção, AgReg em EREsp 279.889/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ ac. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 14.08.2002. O trecho destacado no texto foi apresentado no editorial da revista eletrônica de direito civil Civilistica.com,de autoria de Maria Celina Bodin de Moraes. Professores ou juízes?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, editorial/2014. Disponível http://civilistica.com/professores-ou-juizes/. Último acesso: 05.01.2015

A autonomia corporal é uma das vertentes da autonomia existencial que se refere, precisamente, à capacidade de autodeterminação da pessoa com relação ao seu próprio corpo ou a partes dele. Na maioria dos casos que decorrem do exercício dessa liberdade, os atos de autonomia desta natureza podem ser classificados como de eficácia estritamente pessoal, ou seja, não geram repercussões juridicamente relevantes na esfera de terceiros ou da coletividade, e nestes casos não há incidência dos bons costumes.

O problema reside, contudo, nas situações de eficácia interpessoal ou social, nas quais o ato de autonomia corporal produz lesão ou ameaça de lesão à esfera jurídica de terceiros concretamente identificados ou de um número indefinido de pessoas. É sobre essas situações que a incidência da cláusula de bons costumes pode se fazer necessária, limitando a autonomia corporal a fim de garantir o gozo recíproco dos espaços de liberdade.

A autonomia corporal foi ganhando destaque no debate jurídico contemporâneo desde que o corpo se tornou bem jurídico a ser tutelado também pelo direito civil, o que só ocorreu a partir do Código Civil de 2002. Na legislação civil de 1916 não havia, como se sabe, menção aos direitos da personalidade, tampouco qualquer preocupação de tutelar a integridade psicofísica. O corpo só interessava, àquela época, aos comandos do direito penal, a fim de afastar qualquer investida de terceiros sobre a integridade física. Já a partir do novo Código, a realidade mudou substancialmente, e a matéria foi disciplinada com artigo próprio, que consagrou o direito ao próprio corpo como espécie de direito da personalidade, previsto no art.13, nos seguintes termos:

> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
>
> Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Rico em conceitos de conteúdo indeterminado, o artigo 13 do CC02 tem redação muito pouco reveladora, especialmente por conta dos termos “diminuição permanente da integridade física” e “bons costumes”. Nesse sentido, e a fim de afastar quaisquer leituras antidemocráticas na aplicação concreta deste dispositivo, é preciso compreendê-lo de acordo com os ditames constitucionais que decorrem da dignidade da pessoa humana. Mas antes de apresentar os critérios para a configuração dos bons costumes nesse

ambiente, é preciso contextualizar a autonomia corporal de acordo com o outro limite imposto pelo Código, que é a manutenção da integridade física.

A esse respeito, a ideia de integridade física deve ser vista de maneira mais ampla do que sugere a nomenclatura inadequada utilizada pelo legislador, vale dizer, deve englobar os aspectos físicos e psíquicos da pessoa. Como já se afirmou antes,[424] tais considerações derivam da noção de integridade psicofísica que, por sua vez, impõe que a unificação das dimensões física e psíquica da pessoa seja fundamento de sua tutela jurídica. Por esta razão, afirma Pietro Perlingieri que:

> [...] a integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da pessoa humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos[425]

Decorre daí a insuficiência da interpretação literal do dispositivo, de onde se extrai apenas integridade física, sem considerações acerca da dimensão psíquica. Em sentido semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes postula uma concepção ampliada da integridade, ao congregar também o conceito de saúde, tanto em seu viés negativo quanto naquele promocional,[426] razão pela qual se considera que:

> No princípio de proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não se torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de pensa cruéis, etc. na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir inúmeros direitos da personalidade (vida, nome, imagem, privacidade, corpo,

---

[424] DALSENTER, Thamis. *Corpo e autonomia: critérios para interpretação do art.13 do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado da PUC-Rio, 2008, p. 102.

[425] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil,* op. cit*,* p. 159

[426] A esse respeito, note-se que os Poder Judiciário vem exercendo papel ativo na promoção do referido direito, como se vê nos casos de fornecimento de remédio negados em sede administrativa. É neste sentido que se torna oportuna a menção ao trecho do Ministro Luiz Fux, da maneira que segue :RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM MIASTENIA GRAVIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de "miastenia gravis". 2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.[...] 8. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. 9. Agravo Regimental desprovido. AgRg no REsp 950.725/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, j.:06.05.2008, DJe 18.06.2008

> identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo direito à saúde, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social. No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito à existência digna, tendo sido previsto pelo texto constitucional, para tanto, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (artigo 7º, IV, da Constituição Federal)". [427]

A amplitude do conceito, nos termos consignados, permite que sejam consideradas duas perspectivas distintas, relativas ao resultado da diminuição da integridade. De modo geral, a tutela da integridade psicofísica se refere, como esclarece Stefano Rodotà, à "definição de saúde proposta pela Organização Mundial da Saúde, e hoje universalmente aceita, como bem-estar físico, psíquico e social," pelo que a diminuição permanente da integridade psicofísica pode advir de atos de subtração ou ainda de atos de adição, "como demonstram de modo eloquente o *doping*, o consumo de drogas, o fumo nas suas duas versões, ativa e passiva."[428]

Assim, por exemplo, os diversos casos de acrasia, como o tabagismo e os excessos cometidos nos hábitos alimentares, podem ser englobados na categoria de atos que promovem uma diminuição da integridade por uma adição, como aponta o referido autor. Também as situações onde ocorrem razões ligadas às convicções íntimas do sujeito, como a recusa das Testemunhas de Jeová ao tratamento médico através de transfusão de sangue, importam em diminuição permanente da integridade sem que, contudo, estejam vedadas pelo ordenamento jurídico.

Em sentido diverso, o caso dos *wannabes* ou *amputees by choice,* portadores de apotemnofilia (BIID – Body integrity identity disorder[429]), que sofrem de distúrbio psíquico que os levam a desejar a amputação de seus membros, se refere a uma hipótese de diminuição permanente da integridade por uma conduta que se assemelha àquela narrada como atos de subtração. Trata-se de situação sem chancela jurídica, pois como afirma Carlos KONDER, se considera que "a causa e o tratamento necessário ainda estão por ser cientificamente determinados. [...] parece que, no estágio atual da medicina, seria

---

[427] BODIN DE MORAES, M. C., *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil- Constitucional dos Danos Morais*, p. 94.

[428] Tradução livre do original: La tutela della persona riguarda ormai la sua integrità fisica e psichica, come dice esplicitamente l'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Una indicazione, questa, che rinvia alla definizione di salute proposta dall'Organizzazione mondiale della sanità, e ormai universalmente accetata, como benessere fisico, psichico e sociale. Inoltre, la diminuzione permanente dell'integrità fisica può derivare da una addizione, e non più soltanto da una sottrazione, como dimostrano in modo eloquente il doping, l'assunzione di drogue, il fumo nelle sue due versioni, attiva e passiva. RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto* , p. 85.

[429] Aprofundando o tema, ver, por todos: KONDER, C. N., O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul.-set. 2003.

precipitado autorizar as cirurgias de amputação exclusivamente com base no consentimento".[430]

Percebe-se, portanto, que o consentimento não é adequado como fonte legitimadora de todo e qualquer ato de disposição sobre o corpo, ou seja, nem sempre a manifestação da vontade será acolhida como razão legítima para a disposição. É preciso salientar, a esse respeito, que a autonomia corporal é relativizada com base nos critérios do artigo 13, sendo fundamental que não haja diminuição permanente, vale dizer, irreversível, da integridade. No exemplo dos wannabes, não se pode tomar o desejo de amputação, ainda que presentes todas as informações acerca da irreversibilidade dos danos e dos riscos procedimentais, como fundamento para o exercício da liberdade sobre o corpo.

É preciso ressaltar também que a diminuição permanente da integridade se distingue da autocolocação em risco, ou seja, da conduta voluntária através da qual o sujeito pratica atos que acarretem, potencialmente, riscos à integridade. É o caso dos esportes como o pugilismo, e outros tipos de lutas, nas quais se empregam tradicionalmente inúmeras técnicas potencialmente lesivas[431]. Trata-se de risco, de atos potencialmente lesivos, mas não de atuação que importe necessariamente em diminuição corporal permanente ou até mesmo temporária. Tais atos podem acarretar – e por sua própria natureza não é incomum que ocorra – redução definitiva da integridade, mas devem se enquadrar em categoria diversa, na qual se considere efetivamente o consentimento como elemento suficiente para caracterizar o livre agir pessoal.

Resta ainda outro importante aspecto a ser considerado. A Lei 9434, de 1997, estabelece em seu artigo 9º, *caput,* com destaque para o parágrafo terceiro, as condições para a doação de partes ou órgãos do corpo vivo:

> Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.
>
> § 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo **cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave**

[430] KONDER, C. N.,. O Consentimento no Biodireito: Os Casos dos Transexuais e dos Wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul.-set. 2003, p. 66

[431] Como esclarece Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, "sob a perspectiva de um atleta causae lesão ao outro, fica claro que o limite indelével é a impossibilidade de causar diminuição permanente à integridade física – parâmetro análogo previsto para a autolimitação da integridade física – sendo possível a lesão temporária, por fazer parte da margem de risco consentida pelo esporte.". Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 277.

> **comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável**, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. (grifou-se)[432]

No caso das doações de órgãos duplos, como, por exemplo, os rins, há efetiva diminuição da integridade física, sem que tal hipótese se inscreva na rubrica dos atos ilícitos. A proteção legal a este tipo de prática parece estar pautada pela intensidade do dano causado à integridade. Isto significa que a diminuição não tolerada legalmente será aquela que torne o indivíduo inapto para continuar vivendo ou que acarrete grave comprometimento de suas funções vitais ou saúde mental, como se viu no conteúdo do parágrafo terceiro do aludido artigo.

Não há dúvidas que a doação de um dos rins importa em redução da integridade física, além de colocar o doador em situação de alta vulnerabilidade. Todavia, a diminuição não será permanente e muito menos ocasionará qualquer impossibilidade para que a pessoa possa continuar vivendo de acordo com as suas potencialidades físicas e mentais. De modo diverso, porém, a doação de órgão irregenerável ou único seria hipótese de inegável supressão da integridade e, ao cabo, da própria vida, em franco desrespeito às aludidas condições que revestem os atos de disposição sobre o corpo, em especial a indisponibilidade.

Parece lícito afirmar, portanto, que o termo "diminuição permanente" deve ser compreendido em sentido próximo à saúde, que assume aqui a função de "parâmetro da licitude ou da ilicitude dos comportamentos e da *meritevolezza* da atividade, em sentido lato, do homem".[433]/[434]Assim, No entanto, é preciso que esse limite seja interpretado em

---

[432] § 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada. § 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização. § 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde. § 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto. § 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais. Art. 9º-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto. (Incluído pela Lei nº 11.633, de 2007).

[433]PERLINGIERI, Pietro., *Perfis do direito civil,*op. cit. p. 158.

[434] Sobre o direito à saúde como direito da personalidade e os parâmetros para o seu exercício autônomo, ver TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

conjunto com a cláusula geral de bons costumes e de todas as consequências dela decorrentes.

Assim, no que se refere à aplicação da cláusula de bons costumes, a primeira observação cabível diz respeito a uma prática já referida sobre a diminuição da integridade psicofísica por adição, que é, precisamente, *o doping*. Proibido na maioria das modalidades esportivas, o *doping* consiste na utilização de substâncias que potencializam as aptidões físicas dos atletas, sendo responsável por uma melhora indevida e artificial nos resultados das competições. Trata-se, sobretudo, de conduta que desequilibra a paridade inicial de forças que parece ser a tônica de qualquer esporte competitivo, pois as práticas esportivas que admitem eventos competitivos classificam seus esportistas de acordo com características de ordem física e natural que os diferenciam – que normalmente é feito através do peso, do gênero e da idade, a depender do tipo de esporte.

Assim, por exemplo, as lutas marciais, notadamente o MMA - Mixed Martial Arts, tem torneios[435] nos quais os lutadores são divididos em sete classes diferentes de peso, que vão dos 57kg aos 120kg.[436] Naturalmente, essa classificação com base no volume corporal tem por objetivo garantir o máximo grau de paridade inicial entre os lutadores, de modo que seja considerado vencedor aquele cuja técnica, aliada à força, se sobressaiu em relação a outro competidor que possuía, em tese, as mesmas condições físicas para alcançar este resultado. Quando se configura o *doping,* tem-se um desequilíbrio absoluto nesse raciocínio, de modo que um lutador classificado com um peso menor poderá, por exemplo, adquirir, de maneira antiesportiva e artificial, a mesma potência física de um lutador que estaria numa faixa de peso acima da sua.

O exercício da autonomia corporal através da utilização do *doping* promove a diminuição da integridade física a longo prazo, não necessariamente de forma permanente. Todavia, não é sob esta alegação que se deve proibir a prática. Como explica Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, "se essa fosse uma opção apenas autorreferente de modificação corpórea voluntária, não veríamos grandes dificuldades, por se inserir na

---

[435] Atualmente, o UFC é a principal organização de MMA e impõe as regras unificadas de Mixed Martial Arts. O Ultimate Fighting Championship foi criado nos Estados Unidos em 1993, com regras mínimas, e foi promovido como uma competição para determinar a arte marcial mais eficaz em situações de combate desarmado." Informação disponível em: http://br.ufc.com/discover/sport/index. Último acesso: 03.01.2015

[436] Exemplificativamente, esta classificação com base no peso pode ser encontrada em outros esportes, mas no MMA corresponde às seguintes categorias: Peso Mosca 56.7 kg, Peso Galo de 56.7 kg até 61.2 kg, Peso Pena de 61.2 kg até 65.7 kg, Peso Leve de 65.7 kg até 70.3 k, Peso Meio-médio de 70.3 kg até 77.1 kg, Peso Médio de 77.1 kg até 83.9 kg, Peso Meio-Pesado de 83.9 kg até 92.9 kg, Peso Pesado de 92.9 kg até 120.2 kg, Peso Superpesado mais de 120.2 kg.

área da autonomia corporal, cuja escolha deve ser feita com a correlata responsabilidade e ciência dos riscos aos quais o atleta se submete."[437]

O problema maior sobre o *doping* diz respeito às implicações que essa conduta traz para os demais competidores. Quando um atleta faz uso deste mecanismo, o seu desempenho nos eventos competitivos poderá ser superior ou igual ao dos demais participantes, já que o doping não garante que a performance será vencedora. O que acontece é um incremento das condições favoráveis apenas para uma das partes, de modo que, por exemplo, o uso de hormônios sintéticos poderá aumentar a potência física de um atleta e isso poderá representar uma vantagem indevida, em um evento no qual se tenta garantir que os participantes gozem das mesmas chances iniciais de sucesso.

Uma vez verificado o *doping*, o que normalmente é feito através de exames de sangue seriados, tem-se a configuração de um ato de autonomia corporal que causa lesão à esfera jurídica dos demais atletas que participam competitivamente da prática esportiva. Como esclarece Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, essa questão é dramática no universo dos esportes, tanto assim que há diversas tentativas em nível mundial para tentar conter a prática de doping nos esportes competitivos, como é o caso do Código Mundial Anti-Doping, de 2013, assim como a convenção internacional elaborada pela UNESCO para que cada país signatário, como o Brasil, possa compatibilizar as diretrizes do Código Mundial ao seu sistema legal interno, de modo a adotar medidas de combate, educação e prevenção ao *doping.*[438]

Ao que interessa precisamente aos objetivos desta tese, é necessário analisar se houve violação aos bons costumes, cláusula que pode ser aplicada em situações subjetivas de eficácia interpessoal, como é a hipótese analisada. Caso fique constatada a conduta antiesportiva,[439] a violação ao artigo 13 atrairá as providências legais geradas pela prática

---

[437] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 278

[438] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 277-278

[439] Neste sentido, como foi consignado na Convenção Internacional contra do Doping no Esporte, da UNESCO, a violação das normas antidoping no esporte refere-se a uma ou várias das seguintes infrações: (a) a presença de uma substância proibida, de seus metabolitos ou marcadores na amostra corporal de um atleta; (b) uso ou tentativa de uso de uma substância proibida ou de um método proibido; (c) recusa de se submeter, sem justificativa válida, ou evitar por qualquer outro expediente, a coleta de amostra após notificação conforme autorizado pelas regras antidoping vigentes; (d) violação das exigências de disponibilidade do atleta em relação aos controles fora de competição incluindo o não-cumprimento da obrigação de indicar o lugar em que se encontra, assim como o não-comparecimento a controles obrigatórios a partir de normas razoáveis; (e) falsificação, ou tentativa de falsificar, qualquer parte do processo de controle de doping; (f) posse de substâncias ou métodos proibidos; (g) tráfego de qualquer substância proibida ou método proibido; (h) administração ou tentativa de administração de uma substância proibida ou de um método proibido em qualquer atleta, ou assistência, incitamento, auxílio, instigação,

de atos ilícitos desta natureza, pelo que se resguarda o direito do competidor lesado de buscar a reparação pelos danos sofridos.

Nesse sentido, não há dúvidas que a conduta antiesportiva dessa natureza viola frontalmente o dever de cooperação que é imposto pela cláusula geral de bons costumes à autonomia corporal, de modo que o desequilíbrio artificial gerado pelo *doping* quebra com qualquer expectativa de igualdade de condições esportivas. Naturalmente, o dever de cooperação, neste ambiente esportivo, requer que a autonomia corporal seja exercida de tal modo que não represente a diminuição da liberdade de terceiros, e mais: exige-se que as partes apresentem conduta colaborativa de maneira que assumam 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 em todas as relações, públicas ou privadas.

Em síntese, a incidência da cláusula geral de bons costumes sobre a autonomia corporal no universo esportivo determina que os atletas devem guardar postura colaborativa, que demanda um comportamento voltado à manutenção da igualdade de condições, de modo que a todos os envolvidos seja franqueada a possibilidade de êxito e sucesso na prática esportiva. 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.

Outra hipótese de autonomia corporal que que se tornou especialmente problemática nas últimas décadas e demanda a aplicação da cláusula de bons costumes é a prática do *bareback,*. Surgido nos EUA durante os anos 90, o termo *bareback*[440] é utilizado para a prática de atos sexuais de penetração sem o uso de preservativo, uma modalidade de sexo inseguro bastante difundida entre os homossexuais. São variadas as motivações que levam a tal prática, sendo necessário compreendê-la como uma resposta pouco razoável ao estigma que se espraiou sobre os homossexuais em razão do avanço do vírus da AIDS, tratado inicialmente como "câncer gay" ou "peste cor-de-rosa".[441]O

ocultação ou qualquer outra forma de cumplicidade que acarrete uma infração ou tentativa de infração das normas antidoping.

[440] Como informa Bernardo Lynch de Gregório "O termo inglês literalmente significa "traseiro careca" e foi criado por alguns grupos de homossexuais masculinos dos Estados Unidos e da Europa, que se recusam a usar "camisinha" em suas práticas apesar de toda a enorme campanha internacional feita para prevenção da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e demais doenças sexualmente transmissíveis (DSTs)". "Bareback": o que é isso?. Disponível em: http://www.desejosecreto.com.br/seguro/seguro18.htm

[441] GREGÓRIO, B.L, "Bareback": o que é isso?. Disponível em: http://www.desejosecreto.com.br/seguro/seguro18.htm

protesto foi efetivado na contramão dos esforços internacionais para conscientização do uso de preservativos.[442]

Atualmente, o *barebacking* não mais se restringe às práticas homossexuais, sendo cada vez mais difundido entre heterossexuais em busca de um prazer que se fundamenta no risco. Quanto mais perigoso o ato sexual, maior prazer será capaz de gerar. O significativo aumento do *barebacking* se deve, em grande parte, ao advento do coquetel contra a AIDS, cuja descoberta serviu para mitigar a ideia de letalidade, tradicionalmente ligada a esta patologia.

Logo não se pode afirmar que os *barebackers* ignorem os efeitos potencialmente danosos da referida prática, mas, assim como tantos outros atos nos quais a pessoa se coloca em situação de perigo, eles simplesmente optam por correr os riscos que justamente lhe conferem prazer. Uma opção questionada em vários aspectos, exceto em um: trata-se de escolha consciente e racional, onde a relação custo benefício é equacionada pelo prazer[443]. Até aí não haveria nada além dos tradicionais segredos de alcova, os quais a sociedade sempre tratou de assegurar como manifestação genuína da privacidade.

Ocorre, porém, que a difusão dessa prática sexual pouco convencional vem ganhando ares de questão de saúde pública, considerando o número de adeptos e as cada vez mais populares festas da roleta-russa, ou *bare parties*, onde entre os convidados há os *bug chasers* (caçadores de vírus), os HIV negativo, que se submetem ao sexo sem preservativo, e os *gift givers* (presenteadores), os soropositivos que servem à contaminação daquele HIV negativo.[444] E isso acontece em um momento especialmente delicado para o controle do contágio pelo vírus HIV, tendo em vista no último relatório divulgado pelo Unaids (Programa das Nações Unidas para HIV e Aids) revelou que o número de infecções com o vírus aumentou 11% no Brasil entre 2005 e 2013, indo na contramão da média global, que apresenta queda.[445]

---

[442] Ainda na esteira da liberdade sexual, vale lembrar que as relações homoafetivas foram tradicionalmente tomadas como ato de perversão sexual, desvio sexual, patologia merecedora de correção médica. Desde 1948, o homossexualismo passou a constar no CID – Classificação Internacional de Doenças, no qual permaneceu até o dia 17 maio de 1990, data que se tornou o Dia Mundial de Combate à Homofobia, quando a Organização Mundial de Saúde OMS assentou que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão.

[443]

[444] Informações noticiadas em matéria intitulada "Barebacking cresce no Brasil e torna-se caso de saúde pública". Disponível em: http://jbonline.terra.com.br/extra/2009/01/03/e030115675.html. Último acesso: 04/05/2013.

[445] Dados disponíveis em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/07/140716_aids_relatorio_rb. Último acesso: 14.11.2014.

Trata-se de um tipo de evento social que não é gratuito. As festas são promovidas por particulares adeptos do sexo inseguro, onde os convidados pagam pela entrada e por tudo aquilo que consumirem. Em matéria feita para o Jornal do Brasil, o jornalista Vagner Fernandes teve acesso a duas dessas festas, uma realizada em Ipanema, zona sul do Rio de Janeiro, e a outra delas em um sítio na zona oeste, chamada oportunamente de "Vale Tudo". Ambas as festas têm em comum um público em busca do prazer arriscado, a despeito de todas as potenciais doenças sexualmente transmissíveis que são francamente democratizadas nestas ocasiões.[446]

Veja-se que como ato em si o *barebacking* já é questionável enquanto prática extremada, cuja periculosidade reside, dentre outros fatores, no alto potencial de transmissão contagiosa que as doenças sexualmente transmissíveis carregam.[447] Se a referida prática em si é relevada como ato consentido entre sujeitos capazes de discernir, seara de manifestação da liberdade sexual, cumpre salientar que a exploração do *barebacking* através das festas como atividade lucrativa não deve ser vista sob a chancela dos mesmos argumentos. Decorre daí que a exploração de atividade comercial, como é o caso, não pode valer-se da integridade psicofísica dos sujeitos para auferir lucros, pois se trata, acima de tudo, da indisponibilidade do corpo e da pessoa como fim em si mesmo, e não meio através do qual se tornam satisfeitas as pretensões alheias.

Aqui se pode fazer um paralelo com a posição sustentada pelo Tribunal Administrativo de Neustadt em caso que diferenciou os *peep shows* dos shows de *strip-tease* – casos apresentados no primeiro capítulo desta tese. Em breve recapitulação, segundo o tribunal alemão, a exposição do corpo nu da dançarina de *strip-tease* não fere, *a priori*, sua dignidade, sendo a nudez considerada como manifestação artística que, segundo os costumes daquela comunidade, "não atinge a situação de sujeito na pessoa do

---

[446] Disponível em: http://jbonline.terra.com.br/extra/2009/01/03/e030115675.html. Último acesso: 04/05/2013.

[447] Verifica-se, inclusive, um aumento nesse tipo de prática que envolve o contágio do vírus HIV. O chamado clube do carimbo, que consiste em um grupo de homossexuais soropositivos que se reúne em sites para passar dicas de como transmitir Aids para outras pessoas. "A premissa é que se todos tiverem a doença, ela não será mais um problema social. Junto com isso, a prática do bareback, o sexo sem camisinha, misturado com uma dita sensação de aventura faz com que as "carimbadas" aconteçam mais e já se tornem um problema de saúde pública." Leia mais sobre esse assunto em http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/clube-do-carimbo-soropositivos-pregam-tecnicas-de-transmissao-do-hiv-de-proposito-15406286#ixzz3StHBGYbr . Último acesso: 12.02.2015. Sobre o tratamento da questão na esfera penal, as referidas condutas se enquadram nas hipóteses contidas no artigo 130 do Código Penal brasileiro: "Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contagio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 1º se é intenção do agente transmitir a moléstia: pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."

artista."[448] De modo diverso, os *peep shows* traduziriam, segundo os julgadores, a "atmosfera de um negócio econômico mecanizado e automatizado, no qual a contemplação da mulher nua é vendida e comprada como a mercadoria de uma máquina automática ativada com moedas".[449]

Da mesma forma que os shows de *strip-tease* foram concebidos como manifestações artísticas que não resvalam na integridade psicofísica e nem na dignidade da dançarina, a prática do bareback em si não viola os bons costumes, vez que neste tipo de situação subjetiva não há implicações para a esfera jurídica de terceiros ou da coletividade, considerando que as consequências relevantes que podem ensejar a limitação dos bons costumes são aquelas que representam lesão ou ameaça de lesão causada pelos efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia.

Em sentido diverso, a prática do bareback através das festas não gratuitas não goza do mesmo tratamento, vez que, em tais casos, tem-se a violação do dever de não mercantilização[450], pelo que o exercício da autonomia corporal não pode causar a coisificação de seu titular ou de terceiros considerados, o que ocorre com a exploração econômica de festas desta natureza. Esse dever, decorrente da aplicação da cláusula geral dos bons costumes, é expressão das diretrizes constitucionais sobre o tema[451], de modo que a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo art. 199, § 4 º, a vedação a todo tipo de comercialização do corpo humano ou de partes dele, como se vê na redação do dispositivo: "a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização."

A vedação à mercantilização[452] implica que a pessoa seja considerada como um fim em si, de maneira que o exercício da autonomia corporal não pode coisificar os sujeitos

---

[448] FRANKENBERG, G, *A gramática da constituição e do direito,* p. 319.
[449] FRANKENBERG, Gunther, *A gramática da constituição e do direito,* op. cit.,p. 320
[450] Em sentido oposto ao aqui defendido, Alexandre dos Santos Cunha sustenta que a patrimonialização do corpo pode ser uma questão de exercício puro da autonomia, desde que não importe violação a direitos de terceiro. A construção do autor parece negligenciar que, em tais casos, há sempre violação a direitos da coletividade. CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental no direito civil. In MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado*.. São Paulo: RT, 2002.
[451] Além da Constituição e do Código Civil, destaca-se que qualquer tentativa de mercantilização do corpo humano deve ser coibida também em função das Leis n. 9.434/1997 e 10.211/2001; e do Decreto nº 2.268/1997.
[452] Na França, a proibição a vedação à comercialização do corpo humano é prevista expressamente no Código Civil francês. Assim é que o arrticle 16-1 determina que " Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un

de modo a aniquilar a sua dignidade[453]. Assim, o dever de não mercantilizar, decorrente da aplicação dos bons costumes como limite à autonomia corporal, assume especial relevo diante de algumas impactantes hipóteses que surgiram, principalmente, com o avanço da biotecnologia.

A esse respeito, nove anos depois do lançamento do Projeto Genoma Humano, a Conferência Geral da UNESCO adotou uma Declaração Universal sobre o genoma humano e direitos humanos que estabelece "O genoma humano subentende a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade. Em um sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade".[454] Inúmeras questões foram suscitadas antes e após essa Declaração, sendo a mais emblemática delas apontada por Frédéric Keck e Paul Rabinow: "se as recentes descobertas científicas nos oferecem uma representação de nosso genoma, qual é o "nós" de "nosso" genoma?".[455]

A pergunta, aparentemente singela e ingênua, considerando que por patrimônio da humanidade entende-se uma unidade indivisível que contempla a todos de maneira universal e indistinta, é de suma importância diante não só do mapeamento produzido pelo Genoma, mas em razão dos outros mapeamentos que se fizeram possíveis a partir deste importante avanço da ciência. É o caso da Decode Genetics, empresa de biotecnologia que adquiriu direitos exclusivos sobre os arquivos genealógicos da população da Islândia pelo prazo de 12 anos, autorizada por voto do Parlamento em 1998.[456] Nesse sentido, anima-se o debate dobre a titularidade da informação genética sobre o corpo humano, já que a população de 300.000 habitantes da Islândia, por exemplo, já teve os dados genealógicos apropriados.

---

droit patrimonial". Esta primeira vedação assume o viés de proibição absoluta de tratamento patrimonial do corpo. Não obstante, o Código francês prossegue no sentido de especificar a a nulidade dos contratos que visem a conferir valor patrimonial ao corpo humano:**Article 16-5** Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

[453] Assim, (...) les juristes se sont toujours opposes à un tel droit de proprieté sur le corps qui, outre son caractère artificial, peut conduire facilement dans les faits à une auto-dégradation de l'homme: si l'homme était propriétaire de son corps, il pourrait en disposer, l'anéantir et le mutiler, ainsi que peut le faire le propriétaire pour la chose. Le principe servant de base à cette position, qui nous ramène à la distinction entre les personnes et les choses, pourrait s'exprimer em disant que l'homme peut disposer de ce qu'il a, mais non pas de ce qu'il est. Or, le corps fait certainement partie de ce qu'il est. ADORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles.* Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 90-99

[454] KECK, F.; RABINOW, P., Invenção e representação do corpo genético. In: COURTINE, J-J., [org] *História do corpo. As mutações do olha: o século XX,* p. 83.

[455] KECK, F.; RABINOW, P., Invenção e representação do corpo genético. In: COURTINE, J-J., [org] *História do corpo. As mutações do olha: o século XX,* p. 84.

[456] KECK, F.;RABINOW, P., Invenção e representação do corpo genético. In: COURTINE, J-J., [org] *História do corpo. As mutações do olha: o século XX,* p. 101.

Os questionamentos inicialmente expostos se tornaram ainda mais pertinentes por ocasião das demandas de empresas de biotecnologia por patentes sobre as partes do genoma sequenciadas, prontamente refutadas pela declaração já referida, segundo a qual a determinação de patrimônio da humanidade afasta qualquer tipo de pretensão comercial sobre o mapa genético.[457] Não por outra razão, afirma Maurício que "La patente del genoma y el desarrollo de las máquinas inteligentes; las biotecnologías y la puesta a trabajar de las fuerzas de la vida, trazan una nueva cartografía de los biopoderes. Estas estrategias ponen en discusión las formas mismas de la vida."[458]

Observe-se sobre a dever de não mercantilização se impõe também como limite legítimo à autodeterminação corporal não só pela natureza *res extra commercium* do corpo humano, mas principalmente pelos imperativos de solidariedade que garantem sua dimensão social a salvo das práticas predatórias de mercado. Assim, como observa Stefano Rodotà:

> Rechaçar o paternalismo do legislador, afirmando que ele não deveria substituir-se à vontade de quem decide vender um rim para buscar melhores condições de vida para si ou para outros, significa encarcerar ainda mais ferozmente cada um nas dificuldades da própria existência, sem esperança de resgate além daquela que o obriga a perder, junto com partes do corpo, o respeito a si mesmo, em uma situação de total abandono social.[459]

O exemplo utilizado por Rodotá torna clara a importância de se considerar que alguns atos de intervenção na autonomia devem ser reverenciados como instrumentos de concretização dos valores constitucionais de emancipação pessoal. Veja-se o exemplo do mercado ilegal de venda de sangue na Índia,[460]país que sofre com a falta crônica de

---

[457] KECK, F.; RABINOW, P., Invenção e representação do corpo genético. In: COURTINE, J-J., [org] *História do corop. As mutações do olha: o século XX,* pp. 83-103.

[458] LAZZARATO, M, Del Biopoder a la Biopolitica. *Multitudes.* Disponível em: http://multitudes.samizdat.net/Del-biopoder-a-la-biopolitica. Acesso: 12.10.2012.

[459] RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 96. Tradução livre do original: "Respingiere il paternalismo del legislatore, che non dovrebbe sostituirsi alla volontà di chi decide di vendere un rene per procurare migliori condizioni di vita a sé o ad altri, significa imprimigionare ancor più ferocemente ciascuno nelle difficoltà della propria esistenza, senza speranza di riscatto che non sia quella che lo obbliga a perdere, insieme a parti del corpo, il rispetto di sé, in una situazione di totale abbandono sociale"

[460] O mercado ilegal de órgãos e sangue parece ser uma realidade mundial. Enquanto no Brasil o tráfico de órgãos ficou conhecido como uma espécie de lenda urbana, sem maiores comprovações (como aliás, insistem as autoridades públicas sobre as denúncias desta prática na Amazônia), as organizações internacionais vêm tentando combatê-lo, tanto pela via de recomendações preventivas, como pela via repressiva através de denúncias encaminhadas à OEA. Assim também a Organização Mundial da Saúde - OMS emitiu, em 1989, a Resolução WHA42.5, adotada pela 42ª Assembléia Mundial da Saúde, abordando a prevenção da compra e venda de órgãos humanos, seguida pela Resolução WHA44.25, em 1991, aprovando uma série de princípios voltados a doação voluntária, a não comercialização de órgãos, a preferência pela doação de cadáveres à doação por pessoas vivas, e a preferência pela doação de geneticamente aparentado à doação por não-aparentados. No plano jurídico, resta ao Brasil adaptar a

reserva de sangue e do material dele derivado. Lá, apesar de haver proibição desse tipo de comércio de 1996 pelo Supremo Tribunal, o mercado ilícito se consolidou como negócio extremamente lucrativo, havendo, inclusive, doadores profissionais.

A situação provocada por esse tipo de acesso ao sangue é dramática tanto para doadores quanto para receptores. Normalmente, os doadores que voluntariamente contribuem para o mercado ilegal são pessoas de baixa renda, que se submetem aos riscos da extração de sangue sem controle das exigências técnicas de segurança, o que pode resultar sério risco de contágio de doenças. Esse risco é compartilhado com os receptores deste material, pois como o processamento não se dá de forma adequada, é grande o número de pessoas contaminadas com Hepatite C e HIV.[461]

Mas a situação mais vulnerável é aquela dos doadores que se são mantidos em regime de escravidão, como aconteceu com o caso que ficou conhecido na como "Fazenda de Sangue", lugar na fronteira da Índia com o Nepal, para o qual foram levados doadores que inicialmente concordavam com a venda de seu sangue, mas que após o regime desumano de coleta do material sem condições mínimas de saúde – relatos descrevem mais de 16 doações mensais – eram mantidos por algum tempo sem alimentação afim de coibir qualquer tentativa de fuga.

Tendo isso em vista, conclui-se que o exemplo da venda de partes do corpo humano e a legitimidade da proibição de tal conduta é relevante, sobretudo, por se tratar de ato de autonomia que repercute diretamente na coletividade, causando séria ameaça de lesão a direitos de pessoas que não necessariamente podem ser concretamente identificadas. Assim, mesmo que a pessoa que pretende vender um de seus órgãos não apresente condição de vulnerabilidade social, tal ato de autonomia deverá sofrer restrições, vez que alteraria, de modo direto e imediato, o modo de acesso a um bem fundamental criando um mercado inacessível aos sujeitos que não tivessem condições de arcar com os custos – certamente não baixos - do comércio de órgãos humanos.

Dito de outro modo, os efeitos diretos e imediatos da mercantilização de partes do corpo humano levariam a uma situação de absoluto rompimento com a ideia de igualdade

---

legislação para prevenção e punição dessa modalidade criminosa, de acordo com o Protocolo de Palermo (2000) que visa a coibir não só a ação do traficante, mas também do agenciador e do comprador. Informações extraídas do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação do tráfico de órgãos humanos no Brasil, disponível em: http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/temporarias/cpi/encerradas.html/cpiorgao/relatoriofinal.pdf

[461] http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/02/150131_sangue_mercado_india_aa_cc. Último acesso: 02.02.2015

de oportunidades no que se refere também ao acesso à saúde, hipótese não tolerada pela Constituição Federal e nem pelo Código Civil de 2002. E isso é absolutamente diferente dos efeitos indiretos e mediatos que todo ato de autonomia existencial pode produzir, que devem ser desconsiderados porque não possuem densidade jurídica para funcionar como limite ao ato de autonomia.

Então, em síntese, uma vez constatado que o ato de autonomia corporal implicou de tal maneira a esfera jurídica alheia que se pode vislumbrar lesão ou ameaça de lesão a direitos de terceiros ou da coletividade, legitima-se a incidência da cláusula geral de bons costumes. Na aplicação concreta deste instituto moralizador, deverão ser observados os seguintes critérios, que têm como objetivo auxiliar o intérprete na tarefa de qualificar a conduta como violadora ou não dos bons costumes, de acordo com a previsão expressa do artigo 13 do CC02:

(i) Observância do dever de cooperação, que impõe que nas relações que envolvem os atos de autonomia corporal as partes envolvidas assumam o compromisso de afastar qualquer intuito emulatório que rompa com a situação de igualdade de oportunidades. Como exemplo da incidência deste dever, tem-se a situação do doping, na qual os participantes de práticas esportivas praticam conduta francamente violadora da cooperação que se deseja no exercício de esportes competitivos, de modo que haja uma efetiva paridade de forças entre os participantes. Diante da configuração da lesão provocada pelo rompimento deste dever, ou mesmo se restar configurada a ameaça, os demais participantes prejudicados pelo exercício ilícito da autonomia corporal devem fazer jus aos mecanismos de reparação dos danos sofridos ou à tutela inibitória.

(ii) Observância do dever de não mercantilização, que demanda uma postura de não instrumentalização da pessoa humana, a fim de afastar qualquer ato contrário à ideia de que os seres humanos são um fim em si mesmos, e não meio para a realização de interesses alheios. Uma vez configurado o intuito mercantil do ato de autonomia, tem-se a necessidade de limitar a liberdade por meio da incidência dos bons costumes, de modo que qualquer ato que importe criação de indevida vantagem econômica deve ser reputado como violador dos deveres decorrentes da cláusula geral. Assim, por exemplo, a prática de bareback, em si, não viola os bons costumes, mas qualquer exploração econômica desta atividade será ilícita, de acordo com o dever de não mercantilização. Também a proibição de comércio de órgãos e partes do corpo deve ser compreendido como conduta

ilícita, porque violadora dos bons costumes justamente por se tratar de prática contrária ao dever de não mercantilização.

### 3.2.2. Abuso do direito

A teoria do abuso do direito consagrou-se como um dos mais eficazes e inovadores instrumentos moralizadores do direito civil, especialmente desde que, em 1912, a Corte de Amiens considerou abusiva a conduta do proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis que construiu enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro e, com isso, colocou em perigo as aeronaves que aterrissassem por ali. A responsabilização do proprietário por violação a limites que extrapolavam aqueles estabelecidos expressamente pela lei inaugurou uma nova fase na teoria dos atos jurídicos e, mais precisamente, no exercício dos direitos subjetivos - antes concebidos como "expressão máxima do poder da vontade individual tutelado por lei."[462]

Ainda que as origens do abuso do direito reportem aos atos emulativos do direito medieval, foi realmente a partir do célebre caso Clement Bayard[463] sobre as torres que a teoria ganhou fôlego, sobretudo nos tribunais. De fato, como afirma Heloisa CARPENA, foi no "direito das coisas que primeiro se cogitou de impor limites ao exercício de direitos, além daqueles estabelecidos pela própria lei, criando "entre o permitido e o proibido", uma nova categoria de atos jurídicos."[464]

O crescimento do prestígio da teoria do abuso foi acompanhado pelo surgimento de diversas teorias, algumas negando a sua existência como conceito autônomo, outras refutando-a tanto quanto ao direito subjetivo,[465] de modo que a figura do exercício

---

[462] SOUZA, Eduardo Nunes. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil- RTDC**, n.50, abr-jun/2012. Rio de Janeiro: Padma, 2012, p. 36

[463] JOSSERAND, Louis. *De L'Esprit des Droits et de Leur Rélativité*, Paris: Dalloz, 1927, pp. 25-26.

[464] CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In *Parte Geral do Novo Código Civil*. Coordenador: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 401

[465] As teorias negacionistas ganharam fôlego com Marcel PLANIOL, que considerou categorizou ou abuso do direito como "logomaquia", tendo em vista uma "suposta contradição entre os vocábulos "abuso" e "direito". Já as teorias subjetivistas qualificavam o abuso a partir da intenção de prejudicar – daí porque RIPERT "aliou o abuso à regra moral, a qual proíbe qualquer um de causar um prejuízo a outro, o que consiste numa limitação dos direitos subjetivos". CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66-67. CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no

abusivo tradicionalmente serviu muito mais ao aumento das dúvidas do que à construção de certezas. No entanto, uma das teorias desenvolvidas foi especialmente importante para a autonomia do instituto. A partir da construção teórica de JOSSERAND, que concebeu o abuso como violação ao espírito da lei ou ao seu fim social, de modo que o exercício abusivo de um direito nada mais seria do que o seu exercício disfuncional.[466]

Partindo da concepção de direito subjetivo consagrada pelo pensamento de JLHERING – como interesse juridicamente protegido, pelo que prescinde do aspecto volitivo como elemento justificador –, JOSSERAND sustentou que para cada direito subjetivo haveria uma finalidade social correspondente (o interesse),[467] pelo que o abuso nada mais seria do que o "desvio da função social do espírito do direito."[468] Em outras palavras, isso significa que, de acordo com essa teoria finalística, o ato abusivo estaria configurado quando da atuação anti-social, raciocínio que se coaduna com as exigências atuais de imposição de interesses sociais alheios ao titular do direito subjetivo.

De acordo com essa lógica, a ilicitude se tornou insuficiente diante da renovada tutela dos direitos subjetivos, de modo que a teoria do abuso abriu um importante espaço para o elemento ético, reafirmando a força moralizadora deste instituto. Com efeito, desde a consagração do abuso, o juízo de licitude/ilicitude se tornou ainda mais flagrantemente insuficiente, pelo que se tornou imperioso alcançar o já mencionado juízo de merecimento de tutela, pelo qual a tutela jurídica se impõe, neste contexto, para proteger também os interesses alheios aos do titular do direito subjetivo.

Com efeito, entre nós o sucesso dessa concepção de abuso restou demonstrada, inclusive, diante dos intensos esforços hermenêuticos para encontrar na Codificação de 1916 a proibição do comportamento abusivo, ainda que os dispositivos do CC16 só se referissem textualmente ao ato ilícito puro e simples. Desse esforço resultava a interpretação, a *contrario sensu,* de que o art.160 do antigo Código indicava a vedação ao comportamento abusivo, nos seguintes termos: "Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido".

---

código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In *Parte Geral do Novo Código Civil*. Coordenador: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 402-403.

[466] JOSSERAND, Louis. De L'Esprit des Droits et de Leur Relativité, Paris: Dalloz, 1927, p. 10.

[467] CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

[468] CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

Já no Código Civil de 2002, foi feliz o legislador ao positivar, nos termos do art.187, a figura do exercício disfuncional do direito, pelo que alargou a noção de ilicitude e vinculou-a a institutos jurídico de elevado conteúdo moralizador, como é o caso dos bons costumes – que neste dispositivo foi acompanhado das já trabalhadas expressões *boa-fé, ordem pública* e *fim econômico ou social*. Nesse cenário atual, a expressão do abuso do direito engloba "os variados casos de exercício jurídico inadmissível, indicando no hoje vigente direito brasileiro, forma de ilicitude civil, ilicitude objetiva a que se segue habitualmente – embora não forçosamente – eficácia indenizatória.[469],,[470]

Em razão deste quadro legislativo e das transformações jurisprudenciais que incorporaram amplamente a figura do abuso, é com relativa tranquilidade[471] que se pode afirmar que hoje no Brasil uma conduta disfuncional semelhante àquela julgada pela Corte de Amiens seria enquadrada no art. 187 do CC02, atraindo, assim, as providências cabíveis. É o caso, por exemplo, da médica que resolveu fixar seringas infectadas com o vírus do HIV no topo do muro de sua casa, num condomínio do Distrito Federal, a fim de proteger a sua propriedade de possíveis invasões. Os vizinhos descreveram com horror a conduta da proprietária, que colou no mudo um cartaz com o aviso "muro com HIV positivo, não pule".[472]

Mas se diante da positivação da vedação ao exercício abusivo do direito no Código de 2002 se tornou óbvia a sua aplicação às situações jurídicas patrimoniais, o mesmo não se pode dizer sobre aquelas existenciais. As razões são muitas e devem ser enfrentadas - ainda que não de modo profundo devido aos estreitos limites desta tese - a fim de tornar

---

[469] Assim: "Direito Civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – "apelido" – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os consequentes danos morais. Recurso especial provido. STJ, REsp 613.374, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.:. 17.05.2005. No mesmo sentido, do abuso sendo qualificado e atraindo a eficácia indenizatória em caso envolvendo a liberdade de expressão e o direito/dever de informar: TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cív. 2007.001.38301, Rel. Des. Mônica Costa, j:. 28.08.2007

[470] MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In TEPEDINO, Gustavo. (org) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 59.

[471] Vale registrar, a respeito da teoria do abuso, a posição de José de Oliveira ASCENSÃO, para quem a junção dos conceitos indeterminados contidos no art.187 do CC02 seria simplesmente aleatória, não indicando necessariamente a estrutura unitária do instituto do abuso. ASCENSÃO, José de Oliveira. A Desconstrução do Abuso do Direito. In DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo (coords.). *Novo Código Civil*: Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos. São Paulo: Método, 2005, p. 47.

[472] http://oglobo.globo.com/brasil/medica-cerca-muro-de-casa-com-seringas-contaminadas-com-hiv-no-distrito-federal-2688327

claro o posicionamento aqui defendido, a saber: a teoria do abuso deve ser aplicada às relações existenciais sempre que ficar configurada violação à cláusula geral dos bons costumes e se, somente se, tal violação for decorrente de situações de eficácia interpessoal ou social.

A primeira objeção à aplicação da vedação do abuso às relações existenciais decorre de sua íntima relação com a boa-fé objetiva. De fato, vem da violação aos deveres da boa-fé o maior número de aplicações concretas do abuso do direito, o que não significa, contudo, que os demais elementos moralizadores que configuram o abuso não devam ser considerados. Como se explicou no capítulo anterior, a boa-fé é, por excelência, elemento limitador da autonomia patrimonial, sendo certo que não pode ser aplicada às relações existenciais,[473] diante de todo o exposto e, sobretudo, porque a ordem civil já dispõe de instrumento talhado para esta função, que é a cláusula de bons costumes.

Mas o abuso não foi afastado das relações existenciais somente pela sua íntima relação com a boa-fé, esse distanciamento se deu também por ter como elementos limitadores conceitos de conteúdo indeterminado que geram profundo receio diante dos usos antidemocráticos a que sempre serviram – como é o caso dos bons costumes. Todavia, é preciso superar esses fatores para consagrar, definitivamente, o abuso do direito como expressão do exercício disfuncional também no âmbito das relações existenciais.[474]/[475] Isso não será feito através dos limites internos impostos pela boa-fé e

---

[473] Em sentido contrário, ver, especialmente SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa fé objetiva no Direito de Família. In BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do Direito Civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[474] 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. Data de acesso: 21.12.2014, p. 03. As autoras assim exemplificam o raciocínio apresentado: constituiria hipótese de abuso "a não permissão de viagem do filho ao exterior com o genitor não guardião, quando nenhuma dificuldade o caso apresenta em termo de risco de retenção da criança fora do país. Tal ato acaba por restringir o filho de experiências salutares com outras culturas, outras oportunidades e experiências, que não têm o condão de proteger o filho, mas se constitui em um capricho do genitor guardião"

[475] A esse respeito, Eduardo Nunes de SOUZA, na hipótese de abuso do poder familiar, aduz que "Como todo poder jurídico, seu exercício não deve obedecer ao interesse do titular, mas sim do terceiro em favor do qual a potestà se constitui. O exercício contrário ao interesse do menor: i) não será ilícito, pois o genitor não terá extrapolado seus limites estruturais; ii) não estará, por outro lado, embasado qualquer interesse legítimo (não cabendo, portanto, ponderação com o melhor interesse da criança); iii) nem representará, tampouco, o descumprimento de suposta função social, vez que o interesse contraposto do menor é individual, e não coletivo. Reputar-se-á, isto sim, disfuncional, inadmissível, e acarretará as consequências específicas do abuso – dentre as quais se reconhece possível o suprimento judicial da manifestação da vontade do pai" SOUZA, Nunes de , Eduardo. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 50, Rio de Janeiro: Padma, abril/jun. 2012, p. 89-90.

pela função social, mas sim, e precisamente, por meio dos limites externos impostos pela cláusula geral de bons costumes e de seus efeitos sobre a autonomia existencial.

Nessa ordem de ideias, o direito de família é campo privilegiado para a aplicação do abuso do direito, mas não o único, pelo que se pode afirmar, por exemplo, que a alienação parental nada mais é do que o abuso do poder familiar.[476] O poder familiar é uma situação jurídica complexa, composta de direitos, poderes e deveres de origem patrimonial e existencial.[477] No exercício do poder familiar, aquele que pratica alienação parental  o faz violando o dever de cooperação que é consequência da cláusula geral de bons costumes, pelo que deve sofrer a sanções decorrentes de seus atos, sem prejuízo das medidas que visem a salvaguardar o melhor interesse[478]das crianças envolvidas.

Diante das premissas apontadas no capítulo anterior, afirma-se que a configuração do abuso do direito a partir da violação aos bons costumes ocorre, geralmente, pela não observância do dever de cooperação, como se vê no exercício disfuncional da autoridade parental. Ora, 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.

---

[476] Trata-se de conduta há muito existente, ainda que apenas recentemente tenha sido qualificada como síndrome, dada a gravidade dos danos que pode causar à criança envolvida. Nesse sentido, a alienação parental estará qualificada diante de "atitudes que visam a um afastamento da criança do outro genitor pode se dar de inúmeras formas, tais como a manipulação da psique da criança ou do adolescente implantando falsas memórias, criando dificuldades à convivência familiar, etc., com o único fim de efetuar uma programação mental do menor para que ele repudie o outro genitor.". 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. Data de acesso: 21.12.2014, p. 02.

[477] Exemplificativamente, a Lei 13.058/14, que fixa diretrizes obrigatórias sobre a guarda compartilhada, estabelece que o pleno exercício do poder familiar consiste em:  I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição."

[478] Como elucida Maria Celina BODIN DE MORAES, "O marco inicial desse tratamento privilegiado foi a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (Resolução n. 44/25 da ONU), de 1989, o documento internacional que mais interesse atraiu, tendo sido assinado e ratificado pelo mundo inteiro. O princípio germinal da Convenção, que dela se espraiou para substituir a até então invisibilidade social da infância, é o princípio do "melhor interesse da criança", segundo o qual os pais, os responsáveis, as instituições, as autoridades, os tribunais ou quaisquer entidades, ao tomarem decisões acerca de crianças, devem optar por aquelas que lhes ofereçam o máximo de bem-estar (art. 3º)". A nova família, de novo. Estruturas e funções das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013, p. 603.

De fato, não se pode admitir que um dos pais, no exercício da sua autonomia familiar, utilize de mecanismos espúrios para diminuir o potencial que o outro genitor tem para exercer o poder familiar de forma realmente autônoma, vez que os atos abusivos que geram a alienação parental têm por objetivo maior romper ou diminuir a ligação e a legitimidade dos laços que ligam mães e pais aos seus filhos.

Diante do afastamento que a alienação parental promove, o comportamento do genitor que abusa do seu direito representa uma conduta não colaborativa, no sentido que não se direciona ao princípio do melhor interesse da criança – que nada mais é do que do que o princípio da dignidade da pessoa humana aplicada a um grupo especialmente vulnerável que é o das crianças. Em suma, é abusivo porque o exercício da autonomia familiar de um dos pais se dá de forma não colaborativa, o que significa necessariamente uma diminuição ou ameaça de diminuição à esfera jurídica do outro, que terá diminuída a sua autonomia familiar, sem contar os interesses dos menores que serão atingidos pela disputa parental.

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 de deveres, direitos e poderes familiares, 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".[479] Concretamente, o cuidado alcança a qualidade de valor jurídico[480] pois, "constituindo-se o cuidado fator curial à formação da

[479] WALDROW, Vera Regina Waldow. 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.
[480] STJ, REsp. nº 1.159.242/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, 3ª T, j.: 24.04.12. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono

personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto."[481]

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 através da correta aplicação dos bons costumes, e não de qualquer dever oriundo da boa-fé.

Neste mesmo sentido, é interessante a situação do casal de portadoras de deficiência auditiva que desejava ter filhos com a mesma limitação, tendo em vista que não viam a impossibilidade de escutar como uma patologia indesejável, mas tão somente uma peculiaridade cultural – o caso foi apresentado e analisado no primeiro capítulo. Nesta situação, torna-se evidente que a limitação voluntária da autonomia corporal dos filhos constitui hipótese de abuso do poder familiar, pelo que não se poderia admitir tal comportamento em nosso ordenamento.

Neste tipo de caso, em que a surdez se torna praticamente voluntária, o exercício da autonomia dos genitores representa lesão à esfera jurídica do filho, através da diminuição da sua autonomia corporal. É evidente que os atos de autonomia dos pais no exercício do poder familiar serão abusivos sempre que resultarem violação dos deveres de cuidado e de cooperação que decorrem dos bons costumes. E nas circunstancias desse caso, o dever de cuidado é frontalmente violado.

O mesmo ocorre, não raro, com os filhos das pessoas cuja religião não permite transfusão de sangue. As chamadas Testemunhas de Jeová[482] não se recusam a viver, mas

---

psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

[481] STJ, REsp. nº 1.159.242/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, 3ª T, j.: 24.04.12

[482] As Testemunhas de Jeová recusam a transfusão de sangue com base numa interpretação das passagens bíblicas em que a hemoterapia seria proibida pelas Leis Divinas, sendo que a utilização dos hemoderivados já é consentida.  Contudo, não raro os Tribunais se pronunciam sobre o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade de crença. Assim, é interessante a hipótese concreta apreciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, destacando-se nos argumentos referidos no Acórdão a capacidade autodeterminação do doente.: "É inegável que o objeto da irresignação recursal envolve valores constitucionais que necessitam de avaliação prudente, sob pena de institucionalizar-se uma relação ditatorial entre o Estado e o cidadão que titulariza uma série de prerrogativas consideradas fundamentais pela Constituição da República. Com efeito, a vida humana é um bem jurídico que não pode ser desprezado e é tratado como direito fundamental, mesmo porque precede o exercício de quaisquer outros direitos, haja vista a tutela recebida no âmbito penal. Não há como deixar de reconhecer, em princípio, que associado a este bem, dele deflui a dignidade da pessoa humana, um dos valores que orientam a República (art. 1º, III). Dentro deste contexto, é preciso considerar que a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde

certamente possuem padrões sobre a vida que fogem à moral social tradicional: trata-se, na verdade, de uma consequência da liberdade de consciência, de modo que o sujeito se recusa ao cumprimento daquilo que se reputa tradicionalmente como razoável, mas que é incompatível com as suas íntimas convicções. Neste caso específico ocorre situação em que a pessoa sente-se moralmente obrigada a não cumprir com as expectativas razoáveis por força de suas convicções de crença religiosa.[483] O paternalismo, diante dessas circunstâncias, é reduzido face à garantia de direitos fundamentais como a liberdade de crença, considerada como um dos embasamentos constitucionais deste tipo de autonomia sobre o corpo, de modo que se admite, frente à capacidade e ao discernimento dos envolvidos, que a transfusão não seja feita.[484]

Mas quando as convicções religiosas das Testemunhas de Jeová se projetam sobre a autonomia de seus filhos, aí tem-se situação inadmissível para o ordenamento jurídico pátrio, ensejando, portanto, que a repressão ao abuso do poder familiar seja feita de imediato, com as providências cabíveis para afastar da autoridade parental o poder de

---

que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida. Aparentemente, a direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. Faço esta observação, porquanto a recepção de sangue pelo seguidor da corrente religiosa Testemunhas de Jeová o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar que acaba por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes. Cria-se, portanto, um ambiente no qual a pessoa é tida como religiosamente indigna e que não merece a necessária acolhida em seu meio, como descrito em doutrina. É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopese o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima. (TJ/MG – Agravo n° 1.0701.07.191519-6/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, data de publicação: 04/09/2007.)

[483]Nesse sentido: "a particularidade da escusa de consciência reside na irresistibilidade, para o agente individual, dos imperativos morais que segue, o que pode provocar situações de conflitos verdadeiramente existenciais, não lhe deixando margem de ação lícita, senão ao custo de significativo comprometimento de sua personalidade." JÚNIOR, B. H., *Objeção de Consciência e Direito Penal – Justificação e Limites,* p. 118.

[484] A postura paternalista nesses casos é criticada fortemente por Muñoz Conde: "não creio que o problema deva sequer colocar-se quando a recusa da transfusão provenha do próprio paciente, se adulto e no pleno uso das suas faculdades mentais, pois neste caso trata-se simplesmente do exercício legítimo do direito de dispor do próprio corpo através do consentimento, que é pressuposto de qualquer tipo de intervenção médica; por isso, parece-me especialmente infeliz a prática levada a cabo em alguns hospitais espanhóis de pedir a autorização para a transfusão ao juiz de turno, quando o médico considere que é necessário e urgente para salvar a vida do paciente e este se nega a admiti-la. Especialmente preocupante é esta atitude porque, além de violar o direito fundamental à liberdade de consciência, pode violar também o direito do paciente a escolher a forma de tratamento que lhe pareça mais conveniente, já que, como o demonstram os casos de contágio de SIDA devido a transfusões de sangue, pode a recusa basear-se em critérios médicos puramente objetivos e razoáveis". MUÑOZ CONDE, F.*, A objeção de Consciência em Direito Penal*. Tradução Eduardo Maia Costa. In *Revista do Ministério Público,* número 69, 1997, p. 103.

decisão sobre os rumos terapêuticos a serem tomados para resguardar a saúde das crianças envolvidas.

Há outras situações existenciais que flertam com o abuso do direito, mas que não podem ser configuradas exatamente como exercício abusivo tendo em vista, sobretudo, as caraterísticas que diferenciam a autonomia patrimonial da existencial. Assim, por exemplo, é a hipótese que envolve o consentimento de ambos os doadores de material biológico para a utilização dos embriões congelados, com vistas à reprodução humana assistida.

Um caso que se tornou emblemático sobre o tema foi submetido à Alta Corte de Justiça da Grã-Bretanha, que não acolheu a pretensão de Natalie Evans e Lorraine Hadley, que queriam utilizar embriões congelados de seus ex-parceiros, doadores dos espermatozoides que fecundaram os óvulos. A situação de Evans era bastante dramática: após iniciar um tratamento para curar um agressivo câncer de ovário que a deixou infértil, ela optou pelo congelamento de seis embriões, fecundados com o espermatozoide de seu ex-companheiro, Howard Johnston. Depois de já estarem separados, Johnston passou a querer a destruição dos embriões, desejo que foi contestado por Evans sob a alegação de que, diante de sua infertilidade, teria recorrido a algum outro mecanismo de procriação caso soubesse que seu parceiro poderia desistir deste projeto parental.

Como a lei britânica destinada à regulação dos procedimentos de fertilização humana estabelecia que a implantação de embriões congelados em uma mulher dependia de autorização dos demais envolvidos, o juiz do caso, apesar de sensibilizado com o drama de Evans, disse que somente o Parlamento poderia promover uma alteração legislativa para garantir que o direito de Evans ser mãe tornasse irrelevante o desejo de seu ex-companheiro de ter os embriões destruídos.

Situação semelhante envolveu Hadley e Wayne. Ela, apesar de ser mãe de uma filha de 17 anos, se tornou infértil, tal qual Evans, pelo que decidiu congelar dois embriões. Os óvulos de Hadley foram fecundados com os espermatozoides de Wayne, que, já separado de Hadley, não desejava mais ter filhos com ela depois de tanto tempo afastados.

Ainda que em ambos os casos os advogados tenham sustentado a tese de que, uma vez congelados os embriões, já não seria possível voltar atrás no intuito de utilizá-los através da técnica de reprodução assistida, o caso Evans chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos, CEDH. A Corte julgou improcedente, em 10 de abril de 2007, o

pedido, reafirmando os termos da lei britânica que determinava a necessidade de consentimento dos demais envolvidos[485].

Por mais dramática que seja a situação da mulher que, agora infértil, não poderia ser biologicamente mãe senão através dos embriões congelados, o fato é que o arrependimento do ex-companheiro ou a vontade que ele manifesta em destruir o seu material genético, não configura, por si, o abuso do direito. Explica-se. O congelamento dos embriões fez parte de um projeto parental que o casal desejava para ter os seus filhos. Naturalmente, quando a relação chega ao fim traz outras consequências nem sempre desejáveis para uma das partes. Contudo, essa mudança de circunstancias que implica mudança das vontades antes emitidas é inerente ao exercício da autonomia de cunho existencial, sendo salutar, inclusive, que se preserve essa possibilidade.

De fato, não se pode afirmar que o exercício do direito de arrependimento de uma das partes envolvidas não represente, neste caso, a diminuição da autonomia da outra. Ou seja, tanto o desejo de destruir os embriões quanto a revogação do consentimento para a implantação provocam a diminuição da autonomia das mulheres que se tornaram inférteis e viram nas técnicas de reprodução humana assistida uma solução para realizar seus desejos com relação à maternidade. No entanto, essa diminuição da autonomia não é ilegítima, sendo certo que o projeto parental dessa natureza deve contar com o consentimento de ambas as partes, não sendo razoável impor ao homem a paternidade tão somente para atender aos interesses da mulher de ser mãe.

Note-se, inclusive, que a mulher teria outros meios para conferir maior segurança ao seu projeto de ser mãe biologicamente, como através do congelamento apenas de seus óvulos, a fim de, futuramente, fecundá-los, o que poderia ser feito, inclusive, com o espermatozoide de um doador anônimo. No momento em que se optou pelo congelamento do material já fecundado, parece razoável afirmar que, naquele instante, o desejo da mulher era atrelado ao projeto parental junto com o seu parceiro – e quando isso acontece deve-se ter em mente que as declarações de vontade de ordem existencial podem padecer de um grande e incômodo grau de contingencialidade.

Isso não significa, contudo, que haja qualquer ilicitude ou abusividade na conduta do sujeito que se arrepende da criopreservação e deseja descartar o material, vez que é da

[485] No Brasil, a solução deste tipo de controvérsia deve ser orientada pela recente Resolução 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, que no item V.3 descreve a necessidade de que, no momento da criopreservação de embriões, os pacientes expressem a sua vontade quanto ao destino que será dado aos embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento.

natureza dos atos de autonomia existencial que se possa reverter a vontade declarada, em franco exercício do direito ao arrependimento, ainda que isso gere frustrações aos demais sujeito envolvidos. Em tais casos, como explica Rose Melo Vencelau MEIRELES, é preciso afastar, inclusive, qualquer pretensão indenizatória, pois o contrário "seria como estabelecer um preço pelo arrependimento, eis que o sujeito que viesse a se arrepender da declaração anteriormente feita, teria que indenizar a pessoa que se beneficiaria com tal ato.". Prossegue a autora, afirmando que possibilitar a indenização, em situações como essa, seria uma verdadeira "coação indireta ao disponente. O disponente simplesmente poderia deixar de revogar o ato por saber que estaria sujeito a pagar uma indenização".[486]

Diferente solução seria dada, no entanto, caso o óvulo de Evans fosse fecundado através de um doador anônimo, que não poderia, após a doação dos seus espermatozoides, exigir que os embriões formados a partir de seu material fossem destruídos. Do ato de autonomia desta natureza não decorre necessariamente a possibilidade de arrependimento se o material já tiver sido empregado e tiver dado origem a um embrião porque, justamente, a doação anônima não indica e nem atrai para si qualquer responsabilidade parental. E, como consequência disso, a revogação da doação representaria diminuição da autonomia da mulher infértil sem que, na outra ponta, haja qualquer bem jurídico do doador a ser tutelado com maior intensidade. Nestes casos, a não implantação dos embriões representaria uma conduta abusiva, francamente violadora dos deveres de cooperação que obviamente sustentam e fomentam relações pautadas pelo anonimato.

Já na hipótese do material do doador não ter sido utilizado, salvaguarda-se o seu direito de se arrepender da doação, solicitando ao centro de reprodução assistida que promova a indisponibilidade do seu material. Aqui a desistência não representa lesão ou ameaça de lesão à esfera jurídica de terceiros ou da coletividade, não violando interesses de ordem existencial, razão pela qual se torna ainda mais fácil afastar a figura do abuso, configurando o arrependimento como o exercício legítimo do direito de se arrepender.

Finalmente, cabe ressaltar que a figura do abuso do direito atrai, normalmente, as providências do campo da responsabilidade civil, pelo que o recurso ao Judiciário é frequente na busca pela reparação dos danos sofridos. No entanto, cabe uma ressalva sobre o tema no direito de família, dado que, neste ambiente, a judicialização nem sempre se mostra a saída mais adequada. Ainda que o universo desse tipo de consequências seja alheio ao objeto desta tese, cumpre salientar que é preciso muito mais do que apenas

[486] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia e dignidade humana. Op. Cit., 226

remover o conflito através da prestação jurisdicional. É necessário que a distribuição das responsabilidades familiares seja feita de tal maneira que o exercício dos direitos, poderes e deveres parentais se dê efetivamente na medida da necessidade dos vulneráveis envolvidos nessa relação. Isso requer, por seu turno, uma profunda mudança de convicções e posturas, que se dá através da adesão interna, e não apenas da imposição externa de novos padrões de comportamento.

Em apertada síntese, mais do que remover o conflito, é preciso que o método para resolução destes impasses na seara familiar seja eficaz e promova uma efetiva adesão dos envolvidos no sentido de respeitar que o exercício do poder familiar é limitado pela incidência da clausula de bons costumes – que através da imposição de seus deveres, funciona como instrumento dos princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade.

Pelo exposto, é possível afirmar que o exercício abusivo do direito nas relações existenciais será configurado se for possível qualificar a conduta como contrária aos bons costumes. Para isso, é necessário, antes, garantir se tratar de situação subjetiva causadora de lesão ou ameaça de lesão a direitos de terceiros ou da coletividade que tenham a mesma densidade jurídica que o exercício da autonomia. Tendo isso em vista, a aplicação concreta da cláusula de bons costumes sobre o exercício disfuncional da autonomia privada existencial pode contar com os seguintes critérios, vinculados aos deveres já apresentados:

(i) O dever de cooperação é rompido sempre que o exercício abusivo do direito representar desequilíbrio de forças na relação jurídica, como ocorre com o poder familiar. Quando exercido de maneira disfuncional por um dos responsáveis, como acontece com a alienação parental, cria-se a impossibilidade de que o outro responsável pela criança possa exercer e gozar da autonomia familiar de forma plena, além de representar evidente afronta aos interesses nos menores envolvidos. Logo, a violação do dever de cooperação importa, diretamente, a diminuição ilegítima da autonomia existencial – familiar – dos pais e mães gerada pela afronta aos bons costumes.

(ii) O dever de cuidado ultrapassa as exigências ordinárias de sustento, guarda e acesso a condições dignas de subsistência. Trata-se de valor jurídico que se dirige à salvaguarda da autonomia existencial dos vulneráveis. Assim, o cuidado é sempre violado quando o exercício do direito importa diminuição da integridade psicofísica dos vulneráveis, como acontece, com os filhos de pessoas religiosas conhecidas como Testemunhas de Jeová que necessitem de

transfusão de sangue, ou mesmo quando se busca aumentar artificialmente as chances de que um casal tenha filhos que nasçam com as mesmas limitações físicas que seus pais, como é o caso da surdez.

### 3.2.3. Autonomia e condições no negócio jurídico

No âmbito dos negócios jurídicos, a cláusula geral de bons costumes também projeta seus efeitos através da limitação da autonomia privada existencial e incide sobre um dos elementos mais complexos do negócio jurídico, que é a condição. Assim, dos termos do art. 122 do Código Civil de 2002[487] se extrai que: São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes[488]; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Há que se apresentar dois esclarecimentos iniciais. Em primeiro lugar, o Código Civil de 2002 trouxe, em seu art. 121, o conceito de condição, afastando-se definitivamente da *conditio juris:* Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Além disso, ressalte-se a ausência de qualquer obstáculo para que a condição seja aplicada a negócios jurídicos unilaterais – como o testamento – ainda que, frequentemente, as referências ao tema se dirijam mais intensamente a disciplina da vontade das partes.[489]

O negócio jurídico foi o centro da codificação alemã do século XIX, colocado como instrumento fundamental para o sucesso das abstrações que correspondiam aos anseios do racionalismo moderno,[490] consagrou-se no direito brasileiro como "categoria

---

[487] Trata-se de dispositivo legal sem correspondência no Código Civil de 1916.

[488] A aplicação do art.122 nos tribunais também ressalta a utilização aleatória dos institutos moralizadores, sem qualquer esforço para qualificar a condição como contrária a alguns os tipos moralizadores específicos deste dispositivo legal. Exemplificativamente, TJRS, Ac. Rescisória Nº 70010130284, 8ª CC. Des. Rel. Claudir Fidelis Faccenda, j.: em 12.08.2005; TJDF, ACJ: 20050710193467, Rel. Des.: José Guilherme de Souza, j.: 07.11.2006. DJU 29.11.2006;

[489] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo.* São Paulo: Malheiros, 1997, p.18.

[490] Assim, "a expressiva abstratalidade da noção de negócio jurídico – gênero do qual o contrato é espécie –, é fruto de um sofisticado pensamento que oportunizava não apenas o desprestígio de uma perspectiva funcional. Por meio da categoria unitária de negócio jurídico, dissolvia-se toda e qualquer referência às concretas relações econômicas." LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. *Arte jurídica*. v.11. Curitiba: Juruá, 2005, p. 4.

principal dos negócios jurídicos."[491]De fato, "atribui-se à doutrina alemã a construção do conceito de negócio jurídico fundado na existência de uma manifestação de vontade dirigida para a produção de um efeito jurídico desejado, e não somente dos efeitos descritos em lei".[492]

A condição, por sua vez, é elemento acidental[493] que se aplica exclusivamente aos negócios jurídicos,[494] sendo, inclusive, a determinação voluntária de efeitos sua característica mais marcante. Em outras palavras, a condição se insere no plano da eficácia, condicionando os efeitos próprios do negócio jurídico a outros que se busque para aquela relação jurídica específica. Deste modo, as condições, não sendo parte dos elementos essenciais, podem ser consideradas como determinações acessórias, "de natureza anexa ou inexa" ao negócio, [495]voltadas à transformação dos efeitos naturais inerentes aos diferentes tipos de negócio jurídico.

A esse respeito, dada a grande diversidade de tipos que a noção de negócio jurídico pode assumir, vale ressaltar que nem todo negócio admite a presença de elementos acidentais, notadamente aqueles que dizem respeito aos direitos da personalidade ou ao estado pessoal, ou seja, negócios que envolvam por exemplo, o casamento, a emancipação, o repúdio à herança ou o legado. Logo, afirma-se que a condição é elemento aplicável normalmente, mas não exclusivamente, aos negócios jurídicos patrimoniais, condicionando seus efeitos à ocorrência de um evento futuro e incerto.

A incerteza quanto à realização do evento é, sem dúvidas, um dos mais importantes elementos caracterizadores da condição. Mas é preciso destacar, ainda, que a voluntariedade é outra marca forte deste instituto, posto que confirma a justamente a natureza acessória deste elemento. Desta forma, por exemplo, uma doação deixará de ser simples e será condicionada se, fruto da autonomia, se impuser ao negócio jurídico

---

[491] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75

[492] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil interpretado conforma a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.210.

[493] Esse sentido técnico do termo não se confunde com outras duas acepções jurídicas do vocábulo, "(i) como requisito do negócio, se empregada, por exemplo, a expressão de *condição de validade,* ou (ii) como *condição legal,* que se revela como um verdadeiro pressuposto no negócio na medida em que ainda que aposta ao negócio sob a forma condicional, implica repetir apenas as exigências da lei." TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforma a Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.248.

[494] Trata-se de inovação do Código Civil de 2002 vez que o antigo Código admitia a condição como modalidade do ato jurídico.

[495] VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15.

condição, resolutiva ou suspensiva, subordinando os seus efeitos a um evento futuro e incerto.

Mas a simplicidade deste raciocínio sobre o tema é apenas aparente, pois, como se verá, admite-se que o evento futuro e incerto seja fruto do exercício da autonomia existencial, e aí começam os problemas jurídicos que só podem se equacionados através da cláusula geral de bons costumes.

Tendo isso em vista, ainda que o negócio jurídico seja a via de excelência para o exercício da autonomia privada,[496] é preciso ressaltar que a cláusula de bons costumes não operará seus efeitos sobre os negócios jurídicos cuja função seja estritamente patrimonial, campo cuja incidência de institutos moralizadores deve ser restrita às cláusulas da boa-fé, da ordem pública e da função social, como já se afirmou no capítulo anterior. A cláusula geral dos bons costumes deverá ser aplicada sempre que o negócio jurídico envolva a realização de interesses existenciais – o que pode se realizar pela presença de situações subjetivas dúplices ou mesmo pela imposição de condição existencial a negócio jurídico predominantemente patrimonial.

Isso porque o negócio jurídico é o substrato fático também para "as situações existenciais que surgem a partir do ato voluntário, com intuito criativo, modificativo ou extintivo",[497]pelo que se pode afirmar os negócios jurídicos existenciais ao lado dos negócios patrimoniais – como é o caso das doações de sangue e de leite, sem contar a prática cada vez mais comum da doação de óvulos e de esperma. Todavia, as linhas que dividem os efeitos em patrimoniais ou existenciais[498] ficam ainda menos nítidas diante da função que a condição, como elemento acidental do negócio jurídico, pode assumir. Assim, a doação pode agregar fortes efeitos existenciais se o negócio jurídico for condicionado ao cumprimento de condição de natureza existencial, como ocorre na doação de imóvel sob condição da adoção de filhos, ou mesmo a doação feita à mãe sob condição da emancipação de seus filhos. É justamente sobre essas hipóteses mais

---

[496] Como afirma Rose Melo Vencelau MEIRELES, sobre os atos jurídicos e os negócios, "o negócio jurídico é o lar da autonomia privada". O negócio jurídico e suas modalidades. In TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte gral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 207.

[497] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 122.

[498] Sobre a complexidade dos efeitos para além da mera patrimonialidade ou extrapatrimonialidade, ver, por todos, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo.; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III. p. 3-24.

dramáticas que a cláusula geral dos bons costumes apresenta todo o seu potencial para garantir preeminência das situações existenciais sobre aquelas patrimoniais.

A imposição de condição de cunho existencial a negócio jurídico de efeitos patrimoniais indica uma forte inversão na lógica constitucional que consagrou com mais intensidade a tutela do ser e não do ter. Isso porque as situações existenciais seriam subordinadas a interesses patrimoniais, razão pela qual importantes escolhas extrapatrimonias seriam feitas a fim de garantir vantagem patrimonial. O resultado desta equivocada equação seria a funcionalização dos atos de autonomia existencial à realização de interesses patrimoniais, e não há nada que afronte mais a tutela constitucional da pessoa do que isso.

Tome-se como exemplo deste raciocínio o casamento. Como negócio jurídico, o casamento não está sujeito à condição de nenhuma natureza, posto que, como negócio jurídico formado por interesses também e predominantemente existenciais, não admite o condicionamento[499]. No entanto, esse mesmo casamento – que é incondicionado como negócio jurídico - , poderá ser justamente o evento futuro e incerto que condicionará outro negócio, como a doação de um imóvel, ou seja, o sujeito só fará jus ao bem se a condição se e quando o casamento se concretizar. [500]

Veja-se, ainda a respeito do casamento, que é bastante conhecida pela doutrina e tida como proibida a cláusula *si non nupseris,* pelo que não se admite a que o negócio jurídico tenha a sua eficácia subordina à condição que proíba o casamento. É evidente que as condições que impedem absolutamente as liberdades existenciais, também

[499] Sobre os negócios jurídicos existenciais serem incondicionáveis, exemplifica Rose Melo Vencelau MEIRELES que " Limitar o exercício de situações existenciais ao adimplemento de uma condição, ao advento do termo ou do cumprimento do encargo pode ir de encontro à natureza jurídica das mesmas. Por exemplo, poderia uma pessoa condicionar a doação de órgão ao fato de o donatário se tornar seu sócio? Poderia alguém estabelecer um prazo para se submeter a tratamento médico? E se a gestação por substituição for acordada com o encargo de que os pais genéticos comprem um imóvel para a mãe hospedeira? Não é difícil, porém, pensar na aposição dessas cláusulas em negociações envolvendo direito autoral ou de imagem, no que diz respeito ao seu aspecto patrimonial." Autonomia privada e dignidade humana. Op. Cit., p.140.

[500] Nesse particular, cabe ressaltar que essas objeções não se dirigem à possibilidade do casamento, da adoção ou mesmo da emancipação serem as causas de um negócio jurídico como a doação. Nessas hipóteses, não há vinculação ao interesse existencial, pelo que não se trata de elemento acidental. Essa distinção é bastante clara no Código Civil português, como se vê no art.2233º (Condição de casar ou não casar) 1. É também contrária à lei a condição de que o herdeiro ou legatário celebre ou deixe de celebrar casamento. 2. É, todavia, válida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário. Como explica Carlos Alberto MOTA PINTO, na hipótese 2 do artigo não há intenção de cercear a liberdade do legatário, mas a de prover às suas necessidades, se e enquanto se mantiver em certo estado;" Daí porque, também como explica o autor, deve-se ter como válida a cláusula a condição nas "deixas de instrumentos de trabalho*Teoria geral do direito civil.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1989, p. 562.

denominadas *condições restritivas da liberdade,*[501] são ilícitas, pois "representam um contra-estímulo a essas práticas,"[502] mediante uma vantagem patrimonial. De fato, é curioso notar que na condição que visa a impedir o casamento com determinada pessoa, ou naquela que apenas impõe o casamento, sem determinar com quem será celebrado, não há argumentos em prol da ilicitude. Nesses casos, a teoria civilística tradicional não dedicava atenção especial à admissibilidade de uma condição desta natureza, mas naquele contexto essa negligência parece se justificar diante da antiga ordem de valores, na qual a tutela da existência não era propriamente uma preocupação do direito civil.

Todavia, é preciso aplicar esse mesmo raciocínio às cláusulas condicionais que cerceiam a liberdade através de qualquer determinação de cunho existencial – não importando se o comando é negativo ou positivo - tendo em vista que a autonomia existencial não se realiza através de imposições voltadas à satisfação de interesses patrimoniais, tampouco pode ser alvo de limitações injustificadamente imposta por terceiros.

Para que esta providência seja feita de maneira correta, é preciso atentar às funções perseguidas com a imposição da cláusula condicional, pelo que deve restar demonstrada objetivamente a função de cercear a liberdade – sem qualquer relevância para o conteúdo subjetivo que motivou a condição – para que, então, possa ser reputada ilícita.Assim é que deve ser considerada válida a doação de instrumentos de trabalho sob a condição de que o beneficiário escolha determinada profissão, porque aqui não se pretende cercear a autonomia existencial, mas tão somente de conferir aos bens a mais útil destinação. O mesmo ocorre com a doação de objetos religiosos com a condição de que o beneficiário não mudar de religião, porque do contrário parece óbvio que esses bens perderiam a sua utilidade.[503]

Assim, repise-se: diante da já anunciada preeminência das situações existenciais sobre patrimoniais, as condições que impliquem diminuição da autonomia existencial em prol de interesses patrimoniais devem ser afastadas por flagrante ilicitude e ilegitimidade – vez que, atualmente, é da mais alta relevância trazer o juízo de legitimidade para a verificação das condições. E é precisamente sobre esse ponto que a cláusula geral opera seus efeitos.

---

[501] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1989, p. 561.
[502] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1989, p. 561.
[503] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1989, p. 562

Em outras palavras, esse raciocínio significa que, tendo em vista que a presença da cláusula de bons costumes no artigo 122, abre-se definitivamente, a interpretação da condição para considerações de ordem valorativa, avançando sobre o juízo de mera licitude ou ilicitude. Diante da tríplice função da cláusula de bons costumes, é preciso considerar que a renovada disciplina da condição, à luz da Constituição Federal de 1988, impõe a ilicitude à qualquer condição que busque subordinar o exercício da liberdade existencial aos interesses de ordem de ordem patrimonial.

Assim, da aplicação da cláusula de bons costumes neste ambiente, tem-se que o exercício de todo e qualquer ato de autonomia existencial através do negócio jurídico deve ser limitado por força do dever de não instrumentalização, que impõe às partes que a conduta negocial seja sempre garantidora da dignidade da pessoa humana. Não se trata de limitação paternalista injustificada, mas, ao contrário, em tais situações torna-se necessário garantir que a dinâmica negocial não fira a máxima de que a pessoa humana deve ser a medida de todas as coisas, pelo que não poderá servir de meio para a satisfação de interesses alheios.

Ora, de acordo com as premissas alinhavadas nos dois primeiros capítulos desta tese, o exercício de situações subjetivas existenciais de eficácia interpessoal ou social permite a incidência da cláusula geral de bons costumes, fato que não ocorre com as situações de eficácia pessoal. Assim, os negócios jurídicos que se enquadrem nessa dinâmica de efeitos, deverão cumprir com os limites e com os deveres impostos pelos bons costumes.

Além disso, é preciso afirmar que os negócios jurídicos existenciais ou aqueles patrimoniais com função existencial sejam interpretados também através dos bons costumes. Diz-se "também", porque nos negócios patrimoniais a boa-fé é o norte interpretativo, e assim deve ser sobre todos os aspectos patrimoniais do negócio[504], reservando-se à cláusula de bons costumes o papel de cânone interpretativo que deve orientar o aplicador sobre todos os aspectos existenciais dos negócios jurídicos.

É neste sentido que assume relevo o dever de não instrumentalização, decorrente da cláusula dos bons costumes. 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,

[504] É o que se extrai do Código Civil de 2002, em seu art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

demanda que mesmo nos negócios existenciais as condições existenciais devam ser limitadas pelos bons costumes. Ou seja, não devem ser admitidas como condições quaisquer condutas que imponham um sacrifício injustificado da autonomia existencial de uma das partes em prol da satisfação dos interesses existenciais da outra.

Um exemplo concreto e atual pode ilustrar melhor esse raciocínio. Com a imposição de uma cláusula restritiva da liberdade existencial, será inválido o contrato de prestação de serviços médicos de reprodução humana assistida cuja gratuidade (ou mesmo diminuição nos valores usualmente praticados) esteja condicionada à doação de óvulos para a clínica realizadora dos procedimentos. Essa hipótese, conhecida como doação compartilhada ou relacionada, merece um detalhamento maior.

O contrato de prestação de serviços médicos para a realização de técnica de reprodução humana conteria cláusula dispondo sobre a gratuidade dos serviços prestados se a paciente se comprometer com a doação de seus óvulos no 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.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 veda qualquer tipo de comercialização sobre o corpo humano ou sobre partes dele, como se viu no item 2.1. deste capítulo. No entanto, a Resolução 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina trouxe texto pouco esclarecedor sobre a doação compartilhada, no item IV.9: "É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, *compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA*. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido." (grifou-se).

Advém do trecho grifado a divergência sobre o tema. Os centros privados de medicina reprodutiva têm sustentado que não há, na Resolução apresentada, qualquer vedação à vantagem que seria oferecida à doadora de óvulo, já que não haveria renumeração, mas tão somente a gratuidade ou a diminuição do valor para que esta doadora também pudesse usufruir das técnicas de reprodução humana assistida.[505] Em

[505]http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2012/02/09/receber-tratamento-de-fertilizacao-em-troca-de-doacao-de-ovulo-e-pratica-comum-em-clinicas.htm

sentido oposto, é preciso verificar que essa vantagem oferecida, ainda que não resulte em lucro – o que é frontalmente vedado pela Resolução – representa uma condição restritiva da autonomia existencial, pelo que a mulher sem recursos que deseja engravidar por estes meios aceitará a restrição da sua autonomia existencial em prol da vantagem de ordem econômica que é oferecida pela clínica.

O argumento mais comum é de que essa possibilidade de compartilhamento de custos, interpretada como fazem as clínicas reprodutivas e até mesmo o presidente do CFM em exercício à época da publicação da resolução[506], seria a única alternativa para que um grande número de mulheres tenha acesso à realização de um desejo que também é existencial, vale dizer, a maternidade. Ora, esse argumento é improcedente por diversos ângulos. Além de haver outros meios para a manutenção de serviços médicos gratuitos, como aliás diversos hospitais costumam fazer através de seus ambulatórios sem que isso implique qualquer sacrifício de ordem existencial para os seus pacientes, a condição que impõe a doação dos óvulos para garantir o acesso às técnicas de reprodução assistida representa afronta ao já mencionado dever de não instrumentalização.

Nessa hipótese, a autonomia existencial da doadora é instrumentalizada para a realização de dois interesses distintos: por um lado, o seu próprio interesse patrimonial, representado na a vantagem econômica que lhe é oferecida, e por outro a satisfação dos anseios existenciais alheios aos dela. Daí porque esse tipo de negócio não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que a cláusula que impõe a doação de óvulos como condição para realização de procedimentos médicos com preço reduzido ou mesmo gratuitamente é absolutamente ilícita, vez que viola frontalmente a cláusula geral de bons costumes.

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 da natureza da autonomia existencial não sofrer limitações impostas pela vontade alheia a 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

[506] Para Carlos Vital Correa Lima, presidente em exercício à época da publicação da resolução 2.013/13, a doação compartilhada não seria uma prática mercantil, mas sim um ato de solidariedade. http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mulher-ja-pode-doar-ovulo-para-cobrir-parte-do-tratamento-de-fertilizacao,1030136. Último acesso: 14.10.2014.

esteja condicionada ao fato de o receptor abandonar definitivamente o tabagismo ou mesmo de concluir algum curso superior desejado pelo doador.

Tendo em vista tais considerações, é possível consignar que o intérprete deve aplicar a cláusula geral de bons costumes sempre que a função existencial se fizer presente nos negócios jurídicos, seja através de situações subjetivas existenciais ou mistas, ou mesmo da imposição de condição de cunho existencial a negócios jurídicos patrimoniais. Em tais, casos, havendo comprovação da eficácia interpessoal ou social, deve-se observar, a partir da incidência da cláusula, que:

(i) O dever de não instrumentalização da pessoa não pode ser negligenciado, pelo que se afasta da licitude a clausula restritiva de liberdade existencial, e isso se dá, precisamente porque a ordem jurídica atual não tolera qualquer inversão na equação que estabeleceu a preeminência das situações existenciais sobre as situações patrimoniais. Na celebração do negócio jurídico, devem conservar comportamento que vise o reconhecimento e garantia da condição de igual dignidade de que gozam os sujeitos em toda e qualquer relação jurídica, seja ela patrimonial ou existencial.

(ii) Enquanto nos negócios jurídicos patrimoniais o cânone hermenêutico é a boa-fé, nos negócios existenciais ou de função também existencial o norte para a interpretação será a cláusula de bons costumes. Neste sentido, todos os aspectos existenciais devem ser interpretados de acordo com os valores constitucionais que conformam a dignidade da pessoa humana, não se permitindo qualquer inversão na equação que estabelece a primazia das situações existenciais na legalidade constitucional.

### 3.2.4. Autonomia condominial e deveres do condômino

A cláusula geral de bons costumes opera seus efeitos também sobre questões condominais,[507] disciplinado as relações de vizinhança, razão pela qual a autonomia dos

[507] A natureza o condomínio edilício é apresentada por Caio Mário da Silva PEREIRA como instituto novo, que não se enquadra nos institutos tradicionais da servidão e da sociedade, sendo a fusão de dois conceitos

condôminos será limitada nos termos do artigo Art. 1.336. São deveres do condômino: I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego[508], salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. Este artigo se relaciona diretamente com o artigo 1.335, que o antecede e disciplina os direitos dos condôminos quanto ao uso e fruição das suas unidades e ao uso das partes comuns, além de assegurar o direito de participação nas assembleias.[509]

Trata-se de dispositivo, sem correspondente no Código Civil de 1916, destinado à disciplina do uso das partes privativas dos condôminos de acordo com as regras que orientam a convivência no seio do condomínio edilício- imóveis divididos por apartamentos, ainda que seja corrente a interpretação de que os artigos 1.331 a 1358 do Código Civil aplicam-se "no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clube de campo."[510]

Apesar da determinação do dispositivo sobre os deveres do condômino nos limites de seus domínios privados, é necessário afirmar que a cláusula de bons costumes é aplicável a toda a dinâmica das relações de vizinhança, a fim de limitar a autonomia existencial do condômino naquelas situações subjetivas de eficácia interpessoal ou social. E isso significa, precisamente, que o uso das áreas comuns do condomínio também será regido pelas determinações da cláusula geral, assim como a conduta dos condôminos no processo deliberativo que se desenvolve nas assembleias, como se verá adiante.

A cláusula geral de bons costumes opera, neste ambiente, efeitos decorrentes da necessidade de salvaguardar a boa convivência do grupo condominial, mesmo quando

---

de domínio exclusivo e de domínio comum, cujo resultado é uma verdadeira simbiose orgânica, indissolúvel. *Condomínio e incorporações.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp.92-93

[508] São frequentes as demandas envolvendo perturbações ao sossego dos condôminos, pelo que se aplica a multa condominial prevista para barulho excessivo. "Multa condominial por barulho excessivo. Prova robusta de perturbação sonora causada pelo filho do apelante, pelo aparelho de som em altura indevida, mantida, pois a penalidade pelo uso nocivo da propriedade. Condomínio que exige limitações na liberdade de conduta individual, a fim de se preservar a tranqüilidade e a harmonia gerais. Direito à propriedade que não pode dar lugar ao abuso (artigo 1.228, § 2.º, Código Civil)" TJSP. Ap. s/ Rev. 867.224-00/9, 10.ª CC., Rel. Juiz Soares Levada , j.:10.11.2004

[509] Art. 1.335. São direitos do condômino: I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades; II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores; III - votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite.

[510] Enunciado 89. Jornada de Direito Civil. CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

aplicada ao universo particular de cada unidade habitacional. Inclusive é necessário sublinhar que é consequência da redação do artigo 1.336, IV o reconhecimento de que a cláusula de bons costumes é geradora de deveres de conduta entre os condôminos, o que se harmoniza completamente com todas as premissas apresentadas nesta tese sobre a tríplice função deste instituto moralizador.

Sobre o uso particular das áreas condominiais, as dificuldades de aplicação dos bons costumes se intensificam, já que o artigo prescreve a intervenção também no microcosmo da casa, sempre que os usos da unidade habitacional representarem violação aos bons costumes, ou mesmo do sossego, da salubridade e da segurança dos possuidores, tal qual determina o dispositivo legal. O problema é ainda maior diante da configuração arquitetônica dos condomínios atuais, nos quais as distancias são cada vez menores, favorecendo que o dia a dia dos condôminos seja partilhado, em certa medida, pelos seus vizinhos.

Nesse sentido, o já apresentado caso do *bareback* continua a servir para as reflexões aqui propostas.[511] Tome-se como exemplo, então, a situação de um condômino que promove em seu apartamento festas mensais com o intuito de difundir, entre os seus convidados, o vírus do HIV. As festas são gratuitas, e o condômino instalou eficiente sistema de isolamento acústico, com vistas a impedir que os demais moradores fossem incomodados pelos ruídos. Haveria, neste caso, a configuração de um comportamento contrário à cláusula de bons costumes?

A resposta não pode ser outra que não a negativa. Por mais difícil que seja conciliar a postura deste condômino com outras posturas eventualmente mais conservadoras de seus vizinhos, é forçoso admitir que não há, no exercício da autonomia existencial do praticante dos adeptos desta prática, qualquer repercussão na esfera jurídica alheia que gere concretamente lesão ou ameaça de lesão, pelo que não se considera tal comportamento contrário aos bons costumes. Esse raciocínio

Logo, 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

[511] Diante das frequentes as tentativas de qualificar como contrários aos bons costumes os atos de natureza sexual, afirma-se: "Não tem alcance qualquer cláusula que imponha restrição a que o condômino receba pessoa do outro sexo em sua unidade autônoma, nem se pode, em deliberação tomada em assembleia geral, impor tal sorte de restrição. (...) assim, o fato de o morador receber sua companheira ou companheiro está dentro dos limites assegurados ao titular da propriedade. Somente se evidenciado que a unidade está sendo desvirtuada, sendo utilizada como casa de prostituição, ou a presença das visitas implica atentado ao sossego e ao decoro, ou mesmo à saúde, é que se poderá inibir a prática." VIANA, Marco Aurélio S. *Manual do condomínio edilício.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.19.

medida entre os interesses em jogo, inclusive harmonizando-os diante das convenções condominiais,[512] pelo que não servirá para a padronização de comportamentos considerados adequados socialmente, ainda que isso represente os ideais da maioria local.

Ao contrário, a cláusula de bons costumes atuará como elemento capaz de impor no ambiente condominial uma postura de tolerância com a diversidade de visões de mundo que podem coexistir num sistema condominial. Isso porque o dever decorrente dos bons costumes sobre as relações de vizinhança está ligado ao uso anormal das unidades habitacionais, sendo que deve-se entender por anormal a conduta que impede o exercício recíproco da autonomia existencial de cada condômino. E essa restrição quando 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.

Dito de outro modo, 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 econômica[513] que é conferida quando a convenção permite este 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.[514]

Neste sentido, foi emblemática a decisão[515] que julgou demanda sobre a atividade exercida em estabelecimento comercial localizado em loja do térreo de condomínio residencial em Copacabana. Sob a alegação de que os shows de natureza sensual violariam a cláusula geral de bons costumes, dentre outras razões como ruído, uso indevido da calçada e perturbação da ordem local, o condomínio ingressou contra a casa de shows de "cabaré", a fim de fazer cessar as atividades por ela desenvolvidas. Sobre a alegada violação à cláusula de bons costumes, o Desembargador Relator

---

[512] Veja-se, a esse respeito, que a proteção dos vulneráveis alcança posição privilegiada diante das convenções ou mesmo dos dispositivos específicos que disciplinam a autonomia dos condôminos. Assim, "Condomínio em edilício. Colocação de grade de proteção em varanda. Equipamento de alumínio, que não altera substancialmente a fachada do prédio. Situação peculiar em que o condômino tem filho menor, portador de disfunção que obsta a exata percepção de situações de risco que possam atingi-lo. Art. 10 da Lei 4591/64. Temperamento e mitigação de seu rigor já perfilhados na jurisprudência, mesmo que a bem de simples comodidade ou gosto pessoal, na instalação de aparelhos de ar-condicionado ou de exaustores. Flexibilidade que, com maior razão, se justifica para tutelar a segurança física de incapaz. TJSP, Ap. Cível 140.225-4/3-00. Rel Des. Helio Quaglia Barbosa, j.: 03.06.2003

[513] 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.

[514] E nesse sentido devem ser afastadas as alegações de que

[515] TJ/RJ, 13ª CC., Ap. Cível 2009.001.44959 Des. Rel. Nametala Jorge, J.: 21.07.2009

apresentou suas convicções a partir dos seguintes questionamentos: "[...] vulnera o Direito de Vizinhança a convivência com pessoas ligadas a espetáculos sensuais, que ocorrem dentro dum mesmo edifício? A resposta é difícil e casuística, não só porque tem raízes nos domínios da moral e dos bons costumes, cujos conceitos são fluidos por natureza."

Na decisão restou assentado que é atribuição do Poder Executivo e da própria comunidade a competência para alterar a configuração cultural de um bairro coo Copacabana, que possui diversas casas de shows desta mesma natureza. Como sustenta o relator, trata-se de verdadeiro "microssistema, um microfato social, próprio da localidade, que a distingue das demais. E fato social não se arrebata com uma penada judicial.". Daí porque a apelação é rejeitada, não se reconhecendo que tais práticas firam os deveres impostos pelos bons costumes – cláusula que deve ser aplicada consoante o pluralismo democrático que impõe a tolerância recíproca nas relações de vizinhança.[516]

Neste sentido, sobressai a pertinência atual dos critérios defendidos por San Tiago Dantas para definir as demandas que envolvem o direito de vizinhança, pelo que haveria três modos distintos para a composição dos conflitos neste campo:

> 1º - Verificando que os incômodos são normais, e que não o seria provar o interferente da livre prática dos atos reclamados, o juiz mandará tolerar os incômodos, atuando o direito de vizinhança, gratuitamente concedido a todos os proprietários, de terem as suas imissões toleradas pelos proprietários dos prédios vizinhos;
> 2º - Verificando, porém, que os incômodos são excessivos por ser anormal o uso da propriedade que lhes dá origem, o juiz indagará se a supremacia do interesse público legitima este uso excepcional; se legitima, e se a ofensa à saúde, segurança ou sossego não é de molde a inutilizar o imóvel prejudicado, o juiz manterá os incômodos inevitáveis e, pela expropriação que assim inflige ao proprietário incomodado, ordenará que se lhe faça cabal indenização (direito oneroso de vizinhança);
> 3º - Se, porém, o interesse público não legitima o uso excepcional, é de 'mau uso' que se trata, e o juiz o mandará cessar. [517]

Ainda que o dever de uso regular da unidade condominial seja evidentemente relevante para o exercício das relações de vizinhança, é preciso registrar a importância de outro dever decorrente da cláusula geral de bons costumes na seara condominial. Trata-

[516] Sobre tema semelhante, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que "Afronta aos bons costumes e compromete o conceito e bom nome do condomínio o oferecimento público de cabines de luxo para a assistência de filmes pornográficos.Infringência à convenção que deve ser afastada pela vedação da atividade lesiva." TJRS, Embargos infringentes, nº 70015729015, 10 º Grupo CCív. Rel. Des.: Guinther Spode, j.: 25.08.06.

[517] DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *O Conflito de Vizinhança e Sua Composição*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 280-281

se do dever de colaboração deliberativa, que vincula a todos os condôminos que participem das assembleias ou aqueles que os representem.

O dever de colaboração deliberativa é uma vertente mais específica do dever geral de cooperação, que é imposto pela cláusula de bons costumes ao exercício de toda situação existencial. Assim, 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, de modo geral, a necessária 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 coletivo ali implicados.

Isso demanda, obviamente, que a conduta de cada condômino no momento das assembleias deliberativas e de eventuais outras instancias 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 importa 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 sindico, ou mesmo se apropriando de documentos que asseguram ou legitimam a participação dos votantes.[518]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 através de constrangimentos morais ou físicos; (ii) impede a verificação do quórum necessário para a aprovação ou alteração de determinadas cláusulas convencionais, o que pode acontecer através da ocultação de documentos comprobatórios da condição de condômino ou de seu representante; (iii) inviabiliza o ambiente democrático de decisão através de ofensas físicas ou verbais, dirigidas ao síndico ou aos demais condôminos.

[518] Em ação que julgou improcedente pedido de indenização decorrente de danos morais e materiais sofridos durante agressões feitas em reunião condominial, restou consignado que: "Asseverou que o autor vinha administrando o Condomínio em benefício próprio, tomando diversas medidas em detrimento dos condôminos. Alegou que o autor apoderou-se do livro e das procurações apresentadas na Assembleia, declarando que a reunião não iria ser realizada. Afirmou que o condômino Paulo Roberto Ott Fontes solicitou ao autor por diversas vezes, com educação, a devolução das procurações, o que foi negado pelo mesmo. Aludiu que o Sr. Fontes segurou a pasta quando o autor passou a agredi-lo, instante em que o agredido deu-lhe uma gravata para imobilizá-lo." TJRS, Ap. Civ. nº 70059891135, 5ª CC, Rel. Des. Isabel Dias Almeida, j.: 27.08.2014.

De acordo com o raciocínio apresentado, é possível afirmar que a cláusula geral de bons costumes aplicada ao ambiente grupal do condomínio será devida quando o exercício da autonomia existencial do condômino representar diminuição efetiva ou potencial do campo de autonomia dos demais condôminos, e isso pode ocorrer:

(i) Por violação ao dever de utilização regular da unidade habitacional, que impõe aos condôminos o absoluto respeito à convenção condominial no que se refere à função que a unidade residencial ou comercial pode desempenhar. Sobre esse ponto, é importante frisar que a aplicação dos bons costumes não se presta à imposição de visões de mundo que não toleram as diferenças, pelo que o uso particular que se dá à unidade habitacional não poderá ser contrário à convenção, mas será derivado da ampla autonomia existencial de que dispõem os condôminos.

(ii) Por afrontar o dever de colaboração deliberativa, que impõe aos condôminos um comportamento objetivamente voltado para alcançar os interesses do grupo. Por tal razão, deve-se manter uma conduta que propicie o ambiente de deliberação democrática, no qual todos possam exercer efetivamente seus direitos à voz e voto, sem qualquer obstáculo de ordem física ou moral , o que afasta, por exemplo, agressões mútuas, constrangimentos morais que impeçam o exercício da liberdade de opinião, ocultação de documentos que manipulem o quórum deliberativo, entre outros.

### 3.2.5. Autonomia familiar e limites ao poder familiar

O direito de família é o ramo do direito que mais se transformou ao longo das últimas décadas, sendo certo que, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, a família "monárquica" perdeu espaço para a família democrática, na qual, como explica Maria Celina BODIN DE MORAES, "não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia. A democratização no contexto da família implica alguns pressupostos específicos, tais como a igualdade, o respeito mútuo, a autonomia, a tomada de decisões através da comunicação, o resguardo da violência e a integração social."[519]

[519] 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, mai./ago. 2013, p. 592

Uma das maiores e mais emblemáticas transformações se deu a partir do reconhecimento jurídico de diversos tipos de arranjos familiares[520], que se formam a partir da livre escolha de seus membros. O que todos esses diferentes modelos de família têm em comum é a incorporação do respeito aos direitos fundamentais de seus membros, pelo que, a despeito dessa pluralidade, é possível agrupá-las sob a denominação de "famílias democráticas".[521] Em suma, "famílias democratizadas nada mais são do que famílias em que a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada".[522]

Esse novo sistema familiar, que coloca a dignidade de seus membros no centro da proteção de interesses, pressupõe uma tutela ainda mais intensa dos direitos dos vulneráveis. Naturalmente, é sobre a família com filhos que o direito deposita o maior número de deveres, a fim de garantir que o livre desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes seja, de fato, garantido através de um ambiente familiar favorável a isso.

Quando as famílias são ampliadas pela presença dos filhos e enteados, entra em cena a figura do melhor interesse da criança, princípio que tem suas raízes no *parens patriae* inglês e no *best interest* americano.[523]/[524] No plano jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988 incorporou a doutrina da proteção integral[525] em seu art.227,[526] e no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/1990, que indica como

---

[520] Como elucida Luiz Paulo Lôbo, "Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta dotada de ductilidade e adaptabilidade" LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, 2002, p. 95

[521] Termo e a sua utilização deste modo foi apresentada por Maria Celina BODIN DE MORAES no artigo: A nova família, de novo. Estruturas e funções das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013, p. 592

[522] 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, mai./ago. 2013, p. 592

[523] Como explica Tânia da Silva PEREIRA, o *parens patriae* era utilizado como "uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria" e funcionava como uma espécie de autoridade da qual se valia o Estado para tutelar um indivíduo que apresentasse alguma limitação jurídica.". O *best interest* americano derivava deste mesmo pensamento. Sua introdução data de 183, por ocasião do julgamento *Commonwealth* v. *Addick*s, no qual se consagrou também, a presunção de preferência materna - afastada somente se "comprovado o despreparo da mãe". In PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 1-3.

[524] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 43.

[525] Além dessas referências, no cenário jurídico internacional, o melhor interesse da criança tem vinculado e orientado tratados e convenções humanitárias.

[526] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a

dever geral - da família, do Estado e da sociedade – que se dê a esse grupo de vulneráveis o tratamento prioritário na defesa de seus direitos e na promoção da dignidade da pessoa humana que, neste caso, encontra-se em desenvolvimento. Trata-se, sobretudo, de garantir ao menor de idade as condições de vida necessárias para que possa desenvolver suas potencialidades com autonomia, segurança, amplo acesso à saúde, à cultura e à educação, sem prejuízo, é claro, do amparo emocional que permite que todas as outras circunstâncias sejam de fato aproveitadas pela criança.

Neste sentido, como a busca e a garantia do melhor interesse do menor constitui dever de todos, nos termos do art. 227, e justamente por isso é preciso reafirmar a possibilidade de intervenção estatal na família sempre que essa proteção especial de que gozam os vulneráveis se tornar enfraquecida ou ameaçada. Assim, é necessário investigar os limites que podem ser impostos à autonomia familiar através da cláusula geral de bons costumes. Para isso, toma-se como exemplo a possibilidade de perda do poder familiar, que tem numa de suas causas os atos contrários aos bons costumes.

Sendo assim, é preciso reafirmar que, também no contexto da família democrática, a imposição dos bons costumes não se faz a fim de uniformizar convicções de ordem moral ou comportamentos de acordo com a moral social dominante. Ao contrário, o apelo

---

salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se- á em consideração o disposto no art. 204.§ 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

aos bons costumes é feito para obrigar que o exercício da autonomia familiar, e por conseguinte o poder familiar, seja exercido de acordo com os deveres decorrentes da cláusula geral, que serão vistos adiante.

Como instituto moralizador, a cláusula geral de bons costumes resume na figura dos seus deveres a noção de responsabilidade familiar. Isso porque a autonomia que os pais têm para exercer o poder familiar sobre os filhos deve ser vista através do binômio liberdade – responsabilidade, de modo que os genitores possuem o poder-dever de oferecer condições dignas para o livre desenvolvimento dos menores que se encontrem sob a sua guarda. Diante desse raciocínio, cabe aos pais garantir às crianças e adolescentes um ambiente salutar, com proteção integral de sua integridade psicofísica, no qual haja acesso, especialmente, à educação de qualidade, à saúde e à cultura.

Desta forma, é preciso compreender o alcance da cláusula geral de bons costumes diante do exercício do poder familiar, questão que se tornará mais clara diante da explicação sobre os deveres que decorrem da aplicação do instituto moralizador sobre a disciplina do poder exercido pelos pais para a concretização do melhor interesse da criança. E é precisamente a respeito dessa hipótese que trata o artigo 1638 do Código Civil, do qual se extrai que:

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

Trata-se, como se viu no capítulo anterior, de dispositivo que reproduz o teor do já citado art. 395 do CC16, pelo qual também perderia o pátrio poder por ato judicial o pai ou a mãe que praticasse atos contrários à moral e aos bons costumes. Nesse ponto, a disposição do Código de 2002 em nada inovou, razão pela qual se torna ainda mais importante atualizar os sentidos positivados através de uma interpretação verdadeiramente constitucionalizada e ancorada nos princípios protetores do grupo de vulneráveis[527] do qual fazem parte a criança e o adolescente.

---

[527] Para uma interessante perspectiva sobre a noção de vulnerabilidade através do pensamento habermasiano sobre o agir comunicativo, v. FERREIRA, Ana Elisabete. A vulnerabilidade humana e a pessoa para o direito: breves notas. RIDB. Ano 3 (2014), nº 2, 1023-1053. Disponível em: http://www.idb-fdul.com. Último acesso: 12.01.2015.

Tem-se, portanto, que a cláusula de bons costumes aqui analisada é destinada a regulação dos interesses das pessoas em desenvolvimento, pelo que se dedica a elas uma intensa proteção do ordenamento, tendo em vista sua especial condição de vulnerabilidade.[528] A esse respeito, assumem relevo os deveres de (i) cooperação, (ii) manutenção do *status quo ante,* (iii) oitiva e (iv) cuidado*,* que devem ser impostos aos genitores que se responsabilizam pelas decisões no âmbito familiar, assim como aos aplicadores da cláusula diante do caso concreto – vale dizer, os magistrados, o Ministério Público e os instrumentadores dos métodos alternativos de resolução de conflitos no direito de família.

O dever de cooperação, como já se afirmou neste capítulo a propósito do abuso do poder familiar, se dirige ao exercício conjunto das atribuições inerentes aos direitos, deveres e poderes familiares. Isso significa que os genitores ficam obrigados a guardar comportamento francamente colaborativo entre si, a fim de salvaguardar o melhor interesse dos menores envolvidos. Em termos práticos, essa imposição depende de que mãe e pai assumam postura harmônica no exercício do poder familiar, assumindo equilibradamente os poderes de decisão e de forma igualitária o exercício dos direitos que decorrem da autonomia familiar que os pais possuem para melhor direcionar a criação de seus filhos.

Quando violado o dever de cooperação, não só um dos genitores se vê prejudicado no exercício dos poderes familiares, mas, sobretudo, as crianças e os adolescentes envolvidos sofrem o peso dos terríveis efeitos causados pela ausência de equilíbrio nas relações paterno-filiais. Exemplo maior de violação a esse dever é, como já se disse, o abuso do poder familiar através da alienação parental.

Todavia, a violação do dever de cooperação não atrai, de per se, a providência do art. 1638. Diante da gravidade da medida, a perda do poder familiar deve ser utilizada como última alternativa, ou seja, quando nenhum outro mecanismo tem sucesso, o que não se aplica ao caso. A alienação parental pode cessar seus efeitos diante de uma intervenção interdisciplinar que vise a recompor o equilíbrio de forças para o exercício da autonomia familiar, o que, sem dúvidas, é um instrumento muito mais adequado à preservação do ambiente familiar e, por conseguinte, ao melhor interesse dos menores.

---

[528] BARBOZA Heloisa Helena. Vulnerabilidade e Cuidado: aspectos jurídicos. In PEREIRA, Tania; OLIVEIRA, Guilherme de. (coords) Cuidado e Vulnerabilidade. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 110 e ss.

Também não se pode tomar a alienação parental, isoladamente, como hipótese ensejadora da providência do art.1638, que só deve ser aplicado quando se perde qualquer chance de manutenção do vínculo familiar, o que, por sua vez, indica que o afastamento do menor de sua família representa a melhor maneira de evitar a sua exposição a danos terríveis que podem ocorrer ou que já decorreram das práticas violadoras. Isso significa que somente as condutas mais gravosas devem ensejar a perda do poder familiar, de modo que se comprove a absoluta incompatibilidade entre o melhor interesse e a convivência familiar.

Tendo em vista essas considerações, a perda do poder familiar implica, obviamente, violação do dever de cooperação, mas não se pode deduzir que por tal motivo haverá necessariamente uma causa para a perda do poder familiar. Isso é, a inobservância do dever de cooperação isoladamente não é razão bastante para que seja configurada a violação dos bons costumes tal qual se prevê no dispositivo legal destinado ao rompimento dos vínculos familiares. De acordo com essa perspectiva, afirma-se 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".[529]

Sobre o 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. Assim é que o magistrado deve, na fundamentação da sua decisão de afastar os genitores de seus filhos, justificar a escolha desse mecanismo apresentando argumentos que comprovem que nenhuma outra medida poderá salvaguardar o interesse da criança no caso concreto.

De fato, a perda do poder familiar é a mais dramática intervenção do Estado no contexto familiar, provocando consequências indesejadas para todas as partes envolvidas. Ora, não se pode olvidar que o convívio com os pais deve ser resguardado sempre que possível, tendo em vista os danos principalmente psíquicos que um eventual afastamento pode gerar. De modo geral sobre o exercício do poder familiar, e não somente quando da hipótese de sua extinção, a cláusula de bons costumes impõe ao intérprete as diretrizes

[529] TJMG, Ap. Cível nº 1007908439049-5/001, Rel. Des. Maria Elza, j.: 30.07.2009.

oriundas na necessidade de conservar as circunstâncias com as quais as crianças e os adolescentes se mostram adaptados e acostumados – é claro que, com relação aos adolescentes, esta determinação pode ser suavizada em face do maior grau de autonomia que se confere à sua vontade.

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. 1638, há comportamentos parentais que inviabilizam a permanência da criança na mesma organização familiar com a qual está habituada. Nestes 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.

Outra importante advertência que deriva também do dever de manutenção do *status quo,* que é a necessidade de que se busque intensivamente manter os vínculos parentais até que tal medida se torne de fato ameaçadora para os menores.[530]Decorre também desse dever a exigência de que se busque primeiro nas relações de parentesco biológico possíveis alternativas à colocação em família substituta ou ao abrigamento, sendo certo que é muito mais salutar para o desenvolvimento infantil que os vínculos familiares sejam mantidos, ainda que a convivência familiar ganhe outros contornos a partir do rompimento com aqueles que antes exerciam o poder parental.

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. Da exigência de que a perda do poder familiar seja, comprovadamente, a *ultima ratio,*[531] decorre a necessidade de se

[530] STJ - AgRg na MC: 18329 SC 2011/0185917-9, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J.: 20.09.2011, 3º T, DJe.: 28.11.2011 "Ressalvada a existência de situações de evidente risco para os menores, nos processos em que haja disputa pela custódia física de uma criança, devem ser evitadas determinações judiciais de alterações de guarda e, consequentemente, de residência das crianças ou adolescentes, para preservá-las dos fluxos e refluxos processuais"

[531] TJ-SC. Ap. Civ. Nº 20140029106 SC 2014.002910-6, 2ª CC, Rel. Min. Monteiro Rocha, j: 04.06.2014 "Dada a importância da presença de ambos os pais no processo de formação dos filhos, a perda do poder

recorrer a medidas mais suaves, igualmente voltadas à preservação do melhor interesse dos menores envolvidos.

Não sem razão afirma-se o caráter subsidiário dessas graves alternativas, vez que "de nada adiantam as sanções tradicionais do direito de família: a perda ou a suspensão do poder familiar são vistos com alívio pelos maus pais, que dessa forma se desresponsabilizam em definitivo pelo filho."[532] Nesse particular, ganham relevo os meios alternativos de resolução de conflitos no direito de família, como e o caso da mediação e de outras medidas que ganham fôlego através de importantes iniciativas, como ocorre, por exemplo, com resoluções e oficinas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ - e com o novo projeto de Código de Processo Civil - CPC.

No projeto do novo CPC (Lei 8.046/2010), aprovado pela Câmara dos Deputados em 26 de março de 2014, atualmente em análise no Senado Federal, a questão recebeu atenção especial, de modo que se pode identificar no texto legislativo um forte incentivo aos mecanismos de conciliação, mediação e autocomposição dos litígios, aplicados a diversas áreas do direito civil. Assim é que esses instrumentos para a resolução dos conflitos, já consagrados sobre temas que envolvem interesses patrimoniais disponíveis, também poderão ser utilizados "nas mais diversas matérias da esfera civil, no que se inclui a matéria do direito de família, uma vez que agora são acolhidos pela prestação jurisdicional e dotados do respeito e confiabilidade do Poder Judiciário."[533]

O CNJ, por seu turno, possui um Comitê de Movimento pela Conciliação, sobre o qual se vincula a oficina de parentalidade, destinada à diminuição das demandas judiciais e à cooperação das partes no processo de divórcio, a fim de que os pais não " usem o divórcio como vingança. Nesse último caso, como se sabe, as crianças viram "pedras", atiradas que são, de um lado para o outro.". [534]

---

familiar constitui medida extrema e excepcional, cujas hipóteses se encontram taxativamente previstas em lei."

[532] 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, mai./ago. 2013, p. 612.

[533] DOMINGUES, Nereu Miguel Ribeiro Domingues; QUEIROZ, Ieda Silva. A solução de conflitos no âmbito das relações familiares proposta pelo projeto de novo código de processo civil e as alternativas existentes no direito comparado. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 06 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1010/A+solu%C3%A7%C3%A3o+de+conflitos+no+%C3%A2mbito+das+rela%C3%A7%C3%B5es+familiares+proposta+pelo+projeto+de+novo+c%C3%B3digo+de+processo+civil+e+as+alternativas+existentes+no+direito+comparado%22. Último acesso: 12.02.2015.

[534] 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, mai./ago. 2013, p. 612.

O necessário recurso a outros mecanismos antes de se efetivar a perda do poder familiar, nos termos do art. 1638, se justifica, também, diante da situação peculiar das crianças brasileiras. Sabe-se, por exemplo, que nem sempre a retirada da criança ou do adolescente do seio da família natural é garantia de que haverá a colocação em família substituta. Por outro lado, a demora no julgamento de casos dessa natureza – que é inevitável na maioria das vezes, tendo em vista a segurança jurídica que se busca neste tipo de ação – contribui para a dramática situação das crianças e adolescentes que, embora abrigados, não podem ser adotados. Isso acontece porque os vínculos familiares estão mantidos, ainda que haja processo judicial os contestando, ou porque estão apenas suspensos. Como descreve Tania da Silva PEREIRA, vive-se hoje um período de *boom de abrigos*, nos quais a maioria das crianças abrigadas têm família, tratando-se de "abandono não regularizado que, por diversos motivos, justificados ou não, impedem que a criança seja colocada em família substituta, surgindo a era do "Boom" dos abrigos, sem perspectiva próxima de solução".[535]

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 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. Neste 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.[536]

Essa medida é 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. Como

---

[535] PEREIRA, Tânia da Silva; DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente como Critério de Fixação da Competência. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 42, 2008, p.142.
[536] ECA: Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo. § 3º Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.

explica Maria Celina BODIN DE MORAES, é preciso reconhecer a capacidade de ação dos menores

> [...] embora ainda sujeitos ao poder familiar, para o exercício dos seus direitos fundamentais, devendo-se, nesses casos, no mínimo, inverter a presunção de capacidade (e não mais de incapacidade), mesmo porque, como se sabe, ela é a regra (sendo exceção a incapacidade). Visa-se compartilhar esse saber já há muito consolidado para o incremento de um consistente pensamento jurídico no que tange às relações paterno-filiais, em que às crianças e aos adolescentes deve ser atribuída, como titulares de direitos, a capacidade do seu exercício, em prol da realização de seus interesses, através de prerrogativas e direitos específicos. Tudo isso em direta oposição à concepção que ainda os reduz a meros sujeitos-objeto de direito, que se sujeitam às escolhas de outrem – essencialmente dos pais e, na falta de acordo entre eles, do juiz – e demandam, passivamente, assistência moral e material, proteção e limites. Trata-se, em última análise, do reconhecimento da "pessoa da criança".[537]

Na maioria das vezes, tem-se a aplicação do art. 1638 nas hipóteses de violação absoluta do dever de cuidado. Como se disse antes neste capítulo, por ocasião do abuso do poder familiar, o cuidado, como valor jurídico, impõe a observância de uma série de deveres parentais para assegurar que os filhos possam gozar efetivamente de um espaço de desenvolvimento físico e psíquico, de modo que se pode afirmar que esse dever ultrapassa as exigências materiais ligadas apenas à subsistência. Trata-se de ir além, ou seja, o cuidado se relaciona diretamente com a criação de condições que permitam a autonomia existencial dessas pessoas em especial estágio de desenvolvimento, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

Assim, não se questiona o fato de que o abuso sexual praticado pelos genitores, ou com a sua anuência, configura condição suficiente para o afastamento familiar definitivo, ensejando a perda do poder familiar nos termos do artigo em análise. Em tais casos, a imposição de resguardar a integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes não permite que se busque qualquer via alternativa para a resolução desse conflito, tendo em vista a gravidade dos danos causados por práticas dessa natureza. Não se pode olvidar, nessas situações, que não há graus diferentes de gravidade: toda e qualquer conduta que se configure como sexualmente abusiva deverá ensejar, de imediato, o afastamento dos

[537] 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, mai./ago. 2013, p. 611.

laços familiares – e sendo comprovada a prática do abuso, deve-se proceder à perda do poder familiar[538].

Mas se no caso anterior não se pode afirmar qualquer tipo de graduação no nível da conduta abusiva, vez que todas devem ser tidas por intoleráveis, o mesmo não se do uso de entorpecentes. É evidente que nessas hipóteses a gravidade da situação pode ser qualificada em diversos níveis. O usuário habitual de entorpecentes que não perde as suas aptidões para o exercício dos deveres parentais não estará sujeito à medida da perda do poder familiar por este fato isoladamente. Por outro lado, a dependência química grave, que torne os genitores incapazes de realizar o poder familiar, pode indicar a necessidade de aplicação do art. 1638, sempre que causar danos aos menores envolvidos ou sempre que a situação de dependência se mantiver sem que a mãe ou o pai apresentem concretamente comportamento voltado para a alteração deste quadro.[539]

É preciso também considerar que os atos de autonomia que não causarem qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão a esfera jurídica das crianças e adolescentes envolvidos não ensejará a aplicação da cláusula de bons costumes. Como exemplo deste raciocínio, se pode afirmar que a mãe que deseja mudar de sexo através da cirurgia de transgenitalização não sofrerá qualquer restrição quanto ao exercício do poder familiar, sendo possível afirmar o mesmo sobre pais e mães cuja ocupação seja a prostituição.

No caso da prostituição, é evidente que os pais não poderão sujeitar seus filhos menores à convivência e permanência nos locais destinados a essa atividade. Deste modo, se todos os cuidados forem tomados no sentido de não expor as crianças e os adolescentes aos aspectos obviamente negativos que essas práticas representam para pessoas em desenvolvimento – como, por exemplo, não deixá-los sem cuidadores durante o período de ausência dos pais, não levá-los a ambiente impróprio para menores – não se pode

---

[538] TJRS, Ap. Civ. Nº 70055409098, 8ª CC, Rel. Des.: Luiz Felipe Brasil Santos, j.:31.10.2013." Estando presentes nos autos provas contundentes acerca dos abusos sexuais praticados pelo demandado contra a filha, que à época possuía apenas 4 anos de idade, somadas à indiferença do genitor para com a infante depois que a mesma foi acolhida institucionalmente, a situação estampada nestes autos induvidosamente autoriza o decreto de destituição do **poder familiar**, com fulcro no art. 1.638 , inciso III , do Código Civil";

[539] TJRS, Ap. Civ. 70059950667, 8ª CC., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J.: 11.09.2014, DJe: 16/09/2014 "Embora gravosa, a destituição do poder familiar é plenamente justificável no contexto dos autos. A **não aderência da genitora aos tratamentos propostos pela rede de proteção, a ausência de condições de prestar os cuidados que a frágil saúde da filha exigia e, ainda, e o mais absoluto desinteresse da demandada em manter qualquer espécie de contato com a prole após o acolhimento institucional** - permanecendo ela em local incerto e não sabido há pelo menos três anos -, são as razões que bastam para o decreto de perda do poder familiar, com fundamento no art. 1.638, inc. II, do Código Civil, e no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto plenamente configurado o abandono praticado pela recorrente e o descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar". (grifou-se).

admitir que essa conduta dos genitores seja tomada como razão para destituição do poder familiar.

Diante de todos os fundamentos e exemplos apresentados, é possível afirmar, em síntese, que a cláusula geral de bons costumes deve ser aplicada sempre que o exercício da autonomia existencial produzir efeitos negativos - lesão ou ameaça de lesão - sobre a esfera jurídica dos filhos, de modo que se torne inviável a convivência familiar. Logo, é preciso que a aplicação concreta da cláusula geral seja feita tendo como parâmetros a necessária observância dos seguintes deveres:

(i) dever de colaboração, que apesar de não ensejar autonomamente a hipótese de destituição do poder familiar, deve ser resguardado no exercício dos poderes e deveres parentais.

(ii) dever de manutenção do *status quo*, que impõe ao magistrado a necessidade de só aplicar a perda do poder familiar como *ultima ratio,* de modo que seja mantida, sempre que possível, a estrutura familiar nos moldes com os quais a criança e o adolescentes já estão habituados.

(iii) o dever de oitiva, que busca assegurar a efetiva participação da criança e do adolescente no processo de tomada de decisão sobre o seu futuro, tendo em vista a reduzida capacidade para exercer a sua autonomia existencial.

(iv) o dever de cuidado, que ultrapassa as necessidades meramente materiais, e se coloca como valor jurídico voltado para a garantia da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes. Por tais razões, considera-se absolutamente necessário aplicar a destituição do poder familiar sempre que houver abuso sexual, ou dependência química que inviabilize os deveres objetivos que os responsáveis devem assumir para cuidar das pessoas em situação especial de desenvolvimento.

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de que *bons costumes é uma noção de incontornável e indesejada indefinição* parece ter contribuído para a escassez de pesquisas teóricas sobre o tema. Somando-se a isso o grande receio que normalmente os institutos de forte teor moral costumam causar, tem-se um contexto jurídico atual de grandes indefinições sobre o conteúdo, os limites e os mecanismos de aplicação da cláusula geral de bons costumes contida no Código Civil de 2002. Essa situação se tornou ainda mais intensa diante das incertezas trazidas pelo cenário neoconstitucionalista e pela reforçada estima que a postura mais ativa do magistrado adquiriu nas últimas décadas.

Não sem razão, a elaboração de estatutos teóricos para enunciados normativos que versam sobre valores se tornou uma necessidade inadiável, principalmente diante dos imperativos constitucionais de uma democracia pluralista, dos quais decorre grande parte das recentes transformações sofridas por diversos ramos do direito e, em especial, pelo direito civil. Esse quadro impõe ao pesquisador contemporâneo a tarefa de mergulhar no universo dos conceitos de conteúdo indeterminado, a fim de encontrar as linhas que definem a sua utilização de acordo com os fundamentos democráticos que marcam os tempos atuais.

Dessa nova agenda acadêmica surgiu o desafio aqui proposto e o **problema de pesquisa** desta tese: é possível fazer um uso constitucionalizado da cláusula de bons costumes, tomando-a como instrumento de limitação da autonomia existencial, a partir da fixação de critérios para que sua aplicação se dê conforme a moralidade constitucional? A **hipótese** formulada foi de que a cláusula geral de bons costumes, concebida como instituto autônomo, com sentido material próprio e constitucionalizado, pode assumir o papel de instrumento legítimo de efetivação dos valores constitucionais a partir da imposição de fronteiras democráticas à autonomia privada existencial.

Assim, a investigação para refutar ou confirmar a hipótese apresentada respondeu ao problema de pesquisa desta tese a partir do plano de trabalho que contou com três capítulos distintos, sobre os quais é possível sistematizar as conclusões da seguinte maneira:

1. A autonomia privada sofreu profundas alterações por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que alcançou status de fundamento da República a partir da Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º, III e 3º, I. A autonomia privada patrimonial, de cunho liberal, perdeu espaço para a autonomia privada existencial, até então menosprezada pelo direito civil oitocentista. A liberdade que se refere especificamente à construção da subjetividade é aspecto do ser que não pode ser colocado em segundo plano e que deve prevalecer no ordenamento jurídico como um todo, reflexo da primazia da pessoa sobre o patrimônio. A tutela da pessoa no seio das relações privadas passa da esfera patrimonialista para a existencialista, buscando a proteção do homem enquanto ser único, que partilha sua singularidade com os demais sujeitos da coletividade, em um processo marcado pela riqueza das trocas intersubjetivas;
2. As constituições democráticas e solidaristas do pós-guerra inovaram na funcionalização da autonomia em seu viés patrimonial e ao mesmo tempo estabeleceram uma série de garantias para o exercício da autonomia existencial, todas elas derivadas da dignidade da pessoa humana como valor primeiro a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.
3. Não são tão claras as linhas que separam a patrimonialidade da extrapatrimonialidade. Há situações jurídicas subjetivas em que as duas dimensões se encontram, sendo preciso observar a função que a autonomia exerce em cada uma delas. Assim, ainda que uma situação subjetiva se afigure prefacialmente patrimonial, se sua função for assegurar um aspecto existencial receberá tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico, pelo que se buscará garantir a autonomia existencial como meio para a concretização do projeto de livre desenvolvimento da personalidade.
4. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um verdadeiro giro axiológico que estabeleceu a preferência das situações existencial sobre as patrimoniais. Decorre daí a tendência denominada repersonalização ou despatrimonialização do direito civil, pela qual o personalismo se equilibra com o patrimonialismo para romper com a perspectiva individualista que orientava a proteção da autonomia privada no contexto da produção jurídica liberal. Através deste movimento, supera-se a clássica posição de supremacia antes ocupada pelos interesses patrimoniais.
5. A autonomia privada patrimonial passou a sofrer importantes limites externos e internos, pelo que se efetiva o processo de funcionalização dos interesses

patrimoniais à realização da tutela existencial da pessoa. A funcionalização da autonomia privada patrimonial à realização dos interesses existenciais se dá, especialmente, através das cláusulas gerais de boa-fé e da função social. Através delas, realiza-se o juízo de merecimento de tutela, segundo o qual se torna insuficiente a antiga fórmula de que tudo o que não é proibido está permitido. Ao contrário, passa-se a considerar a necessidade de controle de mérito dos atos de autonomia, pelo que ganha destaque a ideia de juízo de merecimento de tutela.

6. A autonomia patrimonial encontra limites internos enquanto 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, estando sujeita, somente, a limites externos, a intervenções legislativas e judiciais protetivas. O problema maior reside em determinar quais medidas serão legítimas para restringir a liberdade existencial e quais serão, ao contrário, consideradas ilegítimas porque derivadas de um paternalismo jurídico injustificado.
7. O paternalismo jurídico pode ser classificado de diversas maneiras, mas, de modo geral, as intervenções serão consideradas paternalistas sempre que pretenderem determinar padrões de comportamento limitadores da liberdade com o intuito de realizar o bem, a despeito das convicções das pessoas a quem se dirigem as limitações. Todavia, nem toda intervenção paternalista será considerada indevida, desde que se observem a capacidade e discernimento dos envolvidos, assim como as esferas jurídicas que sofrem os efeitos do ato de autonomia existencial que se pretende limitar.
8. 11. Pelo viés da liberdade, a capacidade de discernir deve ser considerada a fim de refutar a lógica de um Estado paternalista que pretende tomar decisões por seus filhos – sempre incapazes de reconhecer o que é o melhor – em busca de um Estado que reconheça a liberdade e autonomia de seus representados, tendo como objetivo inafastável a realização dos diversos planos de vida que certamente surgirão. Não se questiona o fato de que a autonomia existencial não encontra espaço em um Estado que dá conteúdo excessivo ao que é bom, e que reconhece, apenas retoricamente, a capacidade crítica e liberdade de escolha de seus partícipes. Por essa razão, devem ser consideradas, neste aspecto, as circunstâncias de exercício dessa liberdade, bem como a capacidade de discernimento daquele que a pratica.

9. A incidência da cláusula geral dos bons costumes não será devida, por não haver qualquer tipo de justificativa democrática para uma intervenção tão fortemente paternalista, nas *situações jurídicas subjetivas de eficácia pessoal*, cujos efeitos jurídicos do ato de autonomia não alteram a esfera jurídica alheia de modo a representar lesão ou ameaça de lesão a direitos de outrem, repercutindo exclusivamente na esfera do seu titular. Ao contrário, porém, as *situações de eficácia interpessoal* – cujos efeitos diretos e imediatos transcendem a esfera do titular, causando lesão ou ameaça de lesão a terceiros concretamente identificados– e as *situações de eficácia social* – cujos efeitos diretos e imediatos repercutem na esfera jurídica de um número indefinido de pessoas, atingindo a coletividade – ensejam a aplicação da cláusula de bons costumes.
10. A cláusula geral de bons costumes é aplicada somente à autonomia existencial, tendo em vista que nela a função é pessoal. Deste modo, a autonomia patrimonial deve sofrer as limitações impostas pelas demais cláusulas gerais. Por isso foram diferenciadas nesta tese cada uma dessas cláusulas que usualmente são empregadas junto com bons costumes – boa-fé, ordem pública e função social.
11. A estrutura da cláusula geral de bons costumes não é suficiente para revelar todas as potencialidades que ela apresenta para disciplinar as relações existenciais. A correta aplicação da cláusula de bons costumes como limite externo à autonomia existencial está atrelada à sua tríplice função, exatamente como ocorre com a boa-fé nas relações patrimoniais, a saber: criadora de deveres, cânone hermenêutico e limitadora de direitos.
12. A cláusula geral de bons costumes projeta-se para o regramento futuro das relações sociais, operando de forma absolutamente diversa dos costumes. Não se trata de consolidar a moral social, mas, e precisamente, de promover a moralidade constitucional. Trata-se de elemento moralizador que não deve ser tomado como o oposto de maus costumes, mas sim como uma diretriz que determina comportamentos positivos.
13. Se é verdade que a noção de bons costumes não se limita mais à delimitação do que seria um costume contrário à moral social, é igualmente verdadeiro que o papel desta cláusula geral deve assumir, com as devidas adequações - as funções que são reputadas à boa-fé objetiva – que representam a superação do modelo de ausência de má-fé do mesmo modo que se pretende aqui superar a noção negativa e tradicional de bons costumes como costumes “bons”

14. A releitura da cláusula geral de bons costumes à luz da Constituição Federal de 1988 permite considerar apontar para o seguinte conceito: elemento moralizador das relações privadas, que impõe limites externos à autonomia existencial através 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 para duas ou mais esferas jurídicas distintas.
15. Como é próprio da natureza das cláusulas gerais, a noção de bons costumes poderá ser aplicada, a depender dos efeitos gerados, a qualquer ato de autonomia existencial, previsto ou não previsto expressamente pelo Código Civil de 2002. Contudo, fez-se a opção metodológica neste tese por tomar os cinco diferentes dispositivos que trazem a cláusula positivada para exemplificar a aplicação da tese aqui defendida, comprovando em termos ainda mais concretos a procedência da hipótese de pesquisa.

# REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*. Paris: LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996.

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008;

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista Forense*, n. 371. Rio de Janeiro, jan./fev. 2004, p. 51-72.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, 5. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*, vol. I– Introdução. As pessoas. Os bens. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria geral do direito civil*, vol. II– Ações e fatos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria geral do direito civil*, vol. III– Relações e situações jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica,* São Paulo: Landy, 2006

_____. Discutamos sobre paternalismo, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Destituição do poder familiar. Curitiba: Juruá, 2009

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p. 3-12.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes . Reconstruindo a adoção. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 491-511.

_____. A proteção da identidade genética. In Agassiz Almeida Filho; Plínio Melgaré. (orgs.). Dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83-100.

_____. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In:Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (orgs.). Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011,p. 85-96.

_____. Poder familiar em face das práticas médicas. *Revista do Advogado*. Ano XXIV, n. 76, jun 2004, pp. 40-46.

BARCELLOS, Ana. Paula., *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar: 2002;

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, tomo I. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Revista Interesse Público*, nº 46, p. 31-62, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.) A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p.203-249.

_____. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos,v.2, n.2, p.105, 2001. Disponível em: www.ibdh.org.br/revista_02.asp.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, n.6, set. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br.

BAUMAN, Zygmunt. A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. Ensaios sobre o conceito de cultura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do Direito Civil-Constitucional*: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

BODIN DE MORAES, Maria Celina, TEPEDINO, Gustavo, e LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003, p. iii-iv.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos da Personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*?. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 15. Rio de Janeiro, ago./dez. 1999, p. 106;

_____. (et.al.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 2. ed.. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, p. 59-73.

_____. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mutuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1990, p. 33-61.

_____. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil,* n. 21. Rio de Janeiro, jan./mar. 2005, p. 95-119.

_____. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Recusa à investigação do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 9. Rio de Janeiro: PUC-Rio, ago.-dez./1996, p. 85-99

. _____. O Princípio da Dignidade Humana. *In* BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____.O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs*.). Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista da EMERJ***,** Rio de Janeiro, v. 3, n.12, 2000, p. 48-74.

_____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007

CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do Direito, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPS, Victoria. Paternalismo y bien común. *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* nº 5, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. *In* M. C. B. de Moraes. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 61-109.

CARPENA, Heloísa. *O abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, n. 732. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out. 1996, p. 38-46.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, , nº 23, 2004, pp. 115-126; e ainda

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CONTRÓ, Mónica González. Paternalismo juridico y derechos del niño. *ISONOMÍA*, n. 25. Outubro 2006.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. *In* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 359-368.

COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In* Tepedino, Gustavo (org.). *Obrigações*: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 45-68.

DALSENTER, Thamis. Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil brasileiro. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. Transexualidade: A (In) Visibilidade Imposta pelo Judiciário. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n 31 . jul./ago. Rio de Janeiro, 2007

DE CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006;

DONEDA, Danilo. Os direitos da Personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. Monist, LVI, n. 1, junho de 1972.

_____. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987. p.19-35.

_____. Paternalism: some second thoughts. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism.* Minnesota: Minnesota University, 1987. p.105-112.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. O que é uma vida boa? *Revista Direito GV*. São Paulo: FGV, jul-dez 2011, p. 607-616.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*: Uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, v I.

_____. *O processo civilizador:* Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993, v. II.

_____. (et al.) Escritos & ensaios. Vol. 1: *Estado, processo, opinião pública*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FEMIA, Pasquale; PERLINGIERI, Pietro. *Nozioni Introduttive e Principi Fondamentali del Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.)., Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trota, 2003

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. *In* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-393.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÉRAUD-LLORCA, Edit. L'introduction des bonnes moeurs dans le Code Civil. In: CHEVALLIER, Jacques (et al.) Les Bonnes Moeurs. Presses universitaires de France, 1994

GIANOTTI, José Arthur. Moralidade pública e moralidade privada. In: NOVAES, Adauto (org). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992

GIORGIANNI, Michelle. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, ano 87, vol. 747. São Paulo, jan. 1988, p. 35-55.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Relação Médico-Paciente. Bioética. Disponível em: http://www.ufrgs.br/bioetica/relacao.htm

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: Justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. La liberdad fundamental en el Estado constitucional. Trad. Carlos Ramos. Peru: Fondo Editorial de la Pontifícia Universidad Católica del Perú, 1997.

HAICHAUX, Michèle. Le corps objet. Biotéchnique et droit. Presses Universitaires deFrance, 1988.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 141-152;

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In* Gustavo Tepedino (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 389. _____. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O Consentimento no Biodireito. Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul./set, Rio de Janeiro, 2003

KONDER, Carlos Nelson e TEIXEIRA, Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coord). Diálogos sobre direito civil, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

KUSHNIR, Beatriz. Cães de guarda: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *História da sexualidade*: o uso dos prazeres. 10. ed. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque, São Paulo: Edições Graal, 2003.

_____. *História da sexualidade*: o cuidado de si. 8. ed. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque, São Paulo: Edições Graal, 2005.

HESPANHA, Antonio Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008

LEOBON, A.; FRIGAULT, L-R. La sexualité bareback : d'une culture de sexe à la réalité des prises de risque, 2004. Disponível emhttp://www.gaystudies.org/article_leobon_bareback.pdf

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. Arte jurídica. v.11. Curitiba: Juruá, 2005.

LIMA E FONSECA, Thais Nivia. *Letras, ofícios e bons costumes*: civilidade, ordem e sociabilidades na América Portuguesa. Belo Horizonte: Autêntica, 2009

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, n. 42. São Paulo, abr./jun. 2002, p. 191).

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 141. Brasília, jan.-mar. 1999, p. 99-109.

LOCHAK, Danièle. Le droit a l'épreuve des bonnes moeurs: puissance et impuissence de la norme juridique. In: CHEVALLIER, Jacques (et al.) *Les Bonnes Moeurs*. Presses universitaires de France, 1994

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Teoria da decisão judicial*: fundamentos de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LUDWIG, Marcos de Campos. Usos e costumes no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACARIO, García Alemany, *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Alicante, 2005. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=0

MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. *In* Camargo, Margarida Lacombe (org.). *1988-1998: Uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395-431.

MAIA, Antonio Carlos et al. (Orgs.) Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

MARCELINO, Douglas Átila. *Salvando a pátria da pornografia e da subversão: a censura de livros e diversões públicas nos anos 1970.* Dissertação de Mestrado em História Social, Programa de Pós Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Sujeitos de pesquisa no ordenamento jurídico brasileiro: um exame civil-constitucional da autolimitração de direitos fundamentais. In: CUSTÓDIO, André Viana. CAMARGO, Monica Ovinski de (orgs.). Estudos contemporâneos de direitos fundamentais (v.1, visões interdisciplinares). Curitiba: Mutideia/UNESC, 2008, p.215-264.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 753. São Paulo, julho 1998, p. 24-48.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. A28, n.112., out/dez. 1991

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. *In* Tepedino, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-182.

MAZZIEIRO, João Batista., Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos - São Paulo 1870/1920. Rev. bras. Hist. 1998, vol.18, n.35, pp. 247-285. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102 01881998000100012&lng=en&nrm=iso>

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Ed. Almedina, 2011

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria RIDB, Ano 1 (2012), nº 7 | 4375 contratual. São Paulo: RT, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo . Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto. Revista Trimestral de Direito Civil v. 46, abr./jun. 2011, p. 201-208.

MULHOLLAND, Caitlin. O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista eletrônica de direito civil – Civilistica.com*, a.1, nº 1, 2012.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 50-60.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Fundamentos para uma interpretação constitucional da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NETO, Luisa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração de seu regime***.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004

PALMER, Michel. *Problemas morais em medicina*. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 2 e 3, 20. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Direito Civil:* alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PERELMAN, Chaïm, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação* – A nova retórica, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERES, Ana Paula Barion. *Transexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2005.

_____. *O Direito Civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Perlingieri, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998/1999, p. 63-77.

_____. *Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988: *Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, 1976.

_____. Livre desenvolvimento da personalidade. *Congresso Portugal-Brasil ano 2000*. Coimbra: Coimbra editora, 1999.

PITCHON, Célia Pimenta Barroso (coord.) Abordagem multidisplinar sobre a moralidade no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre a argumentação e interpretação. In: MAIA, Antonio Cavalcanti. et al (orgs) *Perspectivas atuais da filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

POZZOLO, Susana. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio O. Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PRIORI, Mary Del. *Histórias íntimas*: sexualidade e erotismo na história do Brasil São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra.

RABINOW, Paul. Invenção e representação do corpo genético. In: COURTINE, J-J., [org] *História do corpo*: as mutações do olhar. O século XX. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

RENTERÍA Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In* BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-313.

REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Visão geral do novo Código Civil. Revista de Direito Privado, n° 9, jan./mar. 2002.

RIESTA, Eligio. A metáfora del contrato. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 5, 1988.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole* – Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.

_____. L'antropologia dell'homo dignus. Revista eletrônica de direito civil – Civilistica.com, a.1, nº 3, 2012.

_____. *Elogio del moralismo*, Roma-Bari: Laterza, 2011

_____. *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.

_____.Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Em: http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf.

_____. Transformações no corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 19, jul-set. 2004, p. 91-107.

_____. *A vida na sociedade de vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SA, Maria Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Médica e Consciência Religiosa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, jan./mar. 2005.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. Themis. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 3, n.1, p. 323-338, 2000.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito constitucional inclusivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidade Institucional do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo a supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Sartorious, Rolf. *Paternalism.* . Minnesota: Minnesota University, 1987

SCHRAMM, Fermim., A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27- 37, 1998.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6. Rio de Janeiro, abr./jun. 2001, p. 159-182.

_____. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *A proibição do comportamento contraditório*: tutela da confiança e venire contra factum próprio. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. *Em defesa da moral e dos bons costumes: censura de periódicos no regime militar*. Dissertação de Mestrado em História Social, Programa Pós Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SIBILIA, Paula. O Homem Pós-Orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, XAVIER, Flávio Sant'Ánna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

SORIANO, Ramón. La Desobediencia Civil. Barcelona: PPU, 1991.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e MAIA, Antônio Cavalcanti. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In* PEIXINHO, Manoel M., GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da constituição de 1988*, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In:

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadauto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva et al. *Vida, morte e dignidade humana.* Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.57-82.

TEPEDINO Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In* Tepedino, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional, 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. *In* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-405.

_____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Jane_iro: Renovar, 2004.

_____. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. (coord.). *A parte geral do novo Código Civil* – Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo.; SCHREIBER, Anderson. A garantia de propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6 – junho de 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMPSON. E. P. *Costumes em comum*: estudos sobre a cultura popular tradicional. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿És eticamente justificable el paternalismo jurídico?, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 5, 1988.

VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação*: entre a Verdade Jurídica, Biológica e Afetiva no Estabelecimento do Vinculo Paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O Negócio Jurídico e suas Modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Status de Filho e Direito ao Conhecimento da origem biológica. In: BARBOZA, Heloisa Helena et. al. (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Autonomia Privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luís Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002; Arantes, Rogério Bastos *Ministério Público e política no Brasil.* São Paulo. Editora Sumaré, 2002;

_____ (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002

_____ (et al.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de Judicialização da Política. Disponível em <http://cedes.iuperj.br/PDF/06novembro/judicializacao.pdf>

WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. *In* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002. *Revista Forense*, n. 364. Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2002, p. 21-30.

WALUCHOW, Wilfrid. *Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____, Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVIII, no. 2.

WIKLER, Daniel. Persuasion and coercion for health. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). Paternalism. Minnesota: Minnesota University, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, Derechos e justícia*. Traducción de Maria Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.