

**A INSUSTENTABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE BONS
COSTUMES: PLURALISMO E LAICIDADE NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

THE UNSUSTAINABILITY OF THE GENERAL CLAUSE OF BONI
MORES: PLURALISM AND LAICITY IN CONTEMPORARY
SOCIETY

Fábio Queiroz Pereira*
Mariana Alves Lara**
Daniel de Pádua Andrade***

*Doutor em Direito em 2015 pela
Universidade Federal de Minas
(UFMG)
Mestre em Direito em 2010 pela
Universidade de Coimbra (UC)
Bacharel em Direito em 2006
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
E-mail: fabio.queiroz@gmail.
com

** Doutora em Direito em 2017
pela Universidade de São Paulo
(USP)
Mestre em Direito em 2012 pela
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
Bacharel em Direito em 2009
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
E-mail: ml.marianalara@gmail.
com

***Doutorando em Direito pela
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
Mestre em Direito em 2018 pela
Universidade Federal de Minas
(UFMG)
Especialista em Direito em 2014
pela Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais (PUC/
MG)
Bacharel em Direito em 2014
pela Faculdade Milton Campos
(FMC)
E-mail: danieldepadaandrade@
gmail.com

Como citar: PEREIRA, Fábio Queiroz. LARA, Mariana Alves. ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade da Sociedade Contemporânea. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p162. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo problematiza a adequabilidade da cláusula geral dos bons costumes à conformação atual do ordenamento jurídico brasileiro. Nos sistemas de matriz romano-germânica, os bons costumes são tradicionalmente utilizados como limitação à autonomia privada. Trata-se de orientação refletida em diversos dispositivos restritivos do Código Civil de 2002. No Brasil, contudo, o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial dos bons costumes tem sido marcado pela ausência de demarcações objetivas. Em geral, observa-se uma aplicação fundamentada na moral social e voltada preponderantemente para o controle de vivências sexuais e familiares. Nesse sentido, o uso dos bons costumes evidencia uma imposição homogeneizante e injustificada do modelo de vida boa defendido pelos grupos majoritários. Essa realidade contraria o reconhecimento jurídico do pluralismo e da laicidade enquanto importantes vetores democráticos. Ademais, percebe-se que os fins almejados pelos bons costumes poderiam ser atingidos satisfatoriamente por meio de outros institutos com bases dogmáticas mais sólidas, como a boa-fé objetiva e a ordem pública. Nesse contexto, mediante uma investigação teórica, de vertente jurídico-dogmática e tipo compreensivo-propositivo, conclui-se pela insustentabilidade da cláusula geral dos bons costumes na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Bons costumes. Pluralidade. Laicidade. Cláusulas gerais.

Abstract: The paper problematizes the suitability of the general clause of boni mores in view of the current conformation of Brazilian legal order. In Roman-German matrix systems, the boni mores are traditionally used as a limitation to private autonomy. This guideline is reflected in several restrictive provisions of the Civil Code of 2002. In Brazil, however, the legal, doctrinal and jurisprudential treatment of the boni mores has been marked by the absence of objective demarcations. In general, its application is based on social morality and is focused predominantly on the control of sexual and family living. In this sense, the use of boni mores evinces a homogenizing and unjustified imposition of the model of good life defended by the majority groups. This reality contradicts the legal recognition of pluralism and laicity as important democratic vectors. In addition, it can be noted that the ends sought by the boni mores could be satisfactorily reached through other institutes with more solid dogmatic bases, such as the objective good faith and the public order. In this context, through a theoretical investigation of juridical-dogmatic strand and comprehensive-propositional type, it is concluded by the unsustainability of the general clause of boni mores in the contemporary society.

Keywords: Boni mores. Pluralism. Laicity. General clauses.

INTRODUÇÃO

A expressão “bons costumes” é de uso comum no âmbito das Ciências Jurídicas. Quase sempre é mencionada na legislação como forma de limitar a autonomia privada: ao sujeito é vedado agir de determinada maneira porque sua conduta violaria o que se entende por bons costumes. Nas palavras de António Menezes Cordeiro, “os bons costumes surgem [...] sempre como algo exterior, que delimita o campo de actuação permitida no domínio da permissão genérica de produção de efeitos jurídicos – isto é, da autonomia privada – mas que, em si, não prescreve o teor do comportamento a assumir.” (CORDEIRO, 2007, p. 1213).

A codificação civil brasileira, por exemplo, apoia-se nos bons costumes para controlar o uso do corpo (art. 13)¹, para considerar ilícitas certas condições inseridas em negócios jurídicos (art. 122)², para configurar o abuso de direito (art. 187)³, para limitar a conduta de condôminos (art. 1.336)⁴ e para definir a perda do poder familiar (art. 1.638)⁵. Segundo alguns autores, como Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 148), os bons costumes são invocados até mesmo para invalidar negócios jurídicos, apesar de inexistir regra legal expressa nesse sentido.

Embora os bons costumes sejam referência constante no campo do Direito, seu conceito não se encontra definido com precisão na legislação e nem mesmo na doutrina ou jurisprudência. Frequentemente são associados à moral, sobretudo à moral social, o que acaba por impor à coletividade uma vivência específica. Em outros contextos, os bons costumes se confundem com as cláusulas gerais de boa-fé e de ordem pública, revelando ausência de técnica jurídica no tratamento do tema.

Uma vez que os bons costumes são utilizados para limitar o exercício da autonomia privada até sob aspectos íntimos, como o livre uso do corpo, mister empreender uma análise mais detida acerca de seu campo de abrangência, de modo a serem afastadas possíveis violações a direitos fundamentais e ao exercício das liberdades individuais.

1 BONS COSTUMES E SUA VINCULAÇÃO À MORAL

Os costumes, como uma das fontes do Direito, são definidos com base em dois elementos constitutivos: o uso e a convicção de obrigatoriedade. Trata-se de práticas sociais reiteradas que geram em determinado círculo social a convicção de que devem ser seguidas (ASCENSÃO, 2005, p. 265). Uma vez qualificados pelo adjetivo “bons”, os costumes têm seu significado sensivelmente alterado, passando a designar um conjunto de práticas e hábitos que são aceitos

1 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 (BRASIL, 2002).

2 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 (BRASIL, 2002).

3 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 (BRASIL, 2002).

4 Art. 1.336. São deveres 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 (BRASIL, 2002).

5 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (BRASIL, 2002).

por uma dada sociedade e vistos como moralmente relevantes, sendo, portanto, merecedores de proteção. Contudo, não se encontra na legislação uma definição precisa e nem mesmo um rol de quais comportamentos são considerados em conformidade ou em desconformidade com os ditos bons costumes. Ao contrário, tem-se um conceito indeterminado e de difícil apreensão, revelando significativa variação no tempo e no espaço. Anderson Schreiber afirma tratar-se de uma noção tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento (SCHREIBER, 2013, p. 35).

Face à inexistência de demarcação objetiva do tema e devido ao fato de que parte da doutrina entende que os bons costumes implicam referência a critérios supraleais (VASCONCELOS, 2012, p. 235), sua determinação acaba sendo delegada ao juiz na análise de cada caso concreto. Mas a jurisprudência também não fornece critérios seguros para a delimitação do conceito, sendo que, não raras vezes, se verificam decisões contraditórias.

A esse respeito podem ser citados julgamentos acerca da manutenção de casas de prostituição e a tipicidade ou não dessa conduta como crime, enquadrada no art. 229 do Código Penal brasileiro⁶. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou em 2014 o proprietário de um estabelecimento de exploração sexual, ao argumento de que “eventual tolerância social não exclui o objetivo da norma, que é tutelar a dignidade sexual da pessoa e os bons costumes” (MINAS GERAIS, 2014). Contudo, em 2011, o mesmo Tribunal havia absolvido outra ré, também acusada de manter casa de prostituição, ao argumento de que a conduta é materialmente atípica, “não havendo lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, a moralidade sexual e os bons costumes” (MINAS GERAIS, 2011).

No Supremo Tribunal Federal, os bons costumes já foram utilizados como fundamento para proibir a realização de loterias e jogos de azar por particulares (BRASIL, 1987), a prática de *trottoir* por prostitutas, ou seja, o uso das calçadas para aliciamento de clientes (BRASIL, 1982) e a manutenção de casas de exploração sexual (BRASIL, 2011). Neste último julgado, a Ministra Relatora Cármen Lúcia chega a afirmar que o crime de manter casa de prostituição visa a proteger, em benefício de toda a coletividade, os bens jurídicos da moralidade sexual e dos bons costumes, valores de elevada importância e que, portanto, devem ser resguardados pelo Direito Penal, motivando a não aplicabilidade do princípio da fragmentariedade⁷. Todavia, a análise desses julgados não permite extrair um conceito unívoco de bons costumes e nem mesmo fixar com precisão o que a Suprema Corte brasileira tem entendido a esse respeito.

Na grande maioria das vezes, os bons costumes são associados à moral social. Seriam “o modo constante e comum de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo concebe” (RAO, 1999, p. 137). Ocorre que essa vinculação é bastante questionável.

A moral é caracterizada pela não positividade e pela ausência de regras elaboradas e

6 Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa (BRASIL, 1940).

7 O caráter fragmentário do Direito Penal significa que a norma penal incriminadora deve se limitar às ações mais graves, perpetradas contra os bens jurídicos mais relevantes. Os demais bens deverão ser protegidos pelos outros ramos do direito, como direito civil e administrativo. (BITENCOURT, 2008, p. 14).

aplicadas pela Ciência do Direito. De acordo com António Menezes Cordeiro, a existência de uma moral social seria demonstrável pela observação, “tratar-se-ia dum corpo de regras de actuação social, reconhecíveis pelo grupo, mas cuja exigência não decorreria de esquemas próprios do Direito”. Para além de não ser sancionada por instâncias jurídicas, sua projeção exata e as condições em que o Direito para ela remete são questões sem solução dogmática própria. Assim, a associação entre bons costumes e moral social não se prestaria a resolver casos concretos (CORDEIRO, 2005, p. 705).

Mais além, direito e moral são campos que não se confundem. A ordem moral é uma ordem das consciências, que pretende o aperfeiçoamento dos indivíduos orientando-os para o bem. Já o Direito não se assenta na ordem interna das ações humanas. Ao contrário, busca ordenar aspectos fundamentais da convivência, preservando a sociedade e a realização pessoal de seus membros (ASCENSÃO, 2005, p. 102).

A vinculação a uma moral acaba por fazer com que os bons costumes sejam invocados para dar suporte jurídico ao conservadorismo de classes dominantes e à rígida manutenção de um *status quo* (SCHREIBER, 2013, p. 35). Essa questão fica evidente quando se trata de condutas sexuais e familiares, campo em que os bons costumes são mais comumente lembrados e invocados na tentativa de certos grupos de conter práticas não proibidas por lei, mas que lhe seriam estranhas. Ilustrativamente, Marcos Bernardes de Mello afirma que negócios jurídicos envolvendo a prostituição, como o contrato de locação de uma casa para que nela se instale um bordel, seriam ilícitos por violarem os bons costumes. O autor afirma que, muito embora não exista lei penal que tipifique como crime a prostituição, essa atividade jamais poderia ser considerada moral (MELLO, 2014, p. 150).

Em sentido diametralmente oposto, o Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão, reconheceu proteção jurídica as profissionais do sexo. No caso, os julgadores entenderam configurar o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal), e não de roubo (art. 157 do Código Penal), a conduta da prostituta maior de dezoito anos que, ante à falta de pagamento do valor ajustado pelo serviço sexual prestado de maneira consentida, arrancou o colar com pingente foleado a ouro do pescoço do cliente. Na fundamentação, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz argumentou exatamente com base na diferença entre os campos da moral e do direito:

O tipo penal em apreço relaciona-se, na espécie, com uma atividade que, a despeito de não ser ilícita, padece de inegável componente moral relacionado aos “bons costumes”, o que já reclama uma releitura do tema, à luz da mutação desses costumes na sociedade pós-moderna.

Não é despidendo lembrar que o Direito Penal hodiernamente concebido e praticado nas democracias ocidentais passou por uma “longa encubação no pensamento jusnaturalista da época iluminista”, resultando na “separação entre legitimação interna e legitimação externa ou entre direito e moral” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Trad. Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 172).

Lembro, a propósito, modificação legislativa relativamente recente (Lei 12.015/2009) que, inter alia, alterou a denominação dos crimes previstos no Título VI do Código Penal, com a substituição da vetusta ideia de que o bem jurídico tutelado eram os costumes, passando a conferir proteção mais imediata à liberdade de autodeterminação sexual de adultos e reafirmando a proteção do desenvolvimento pleno e saudável de crianças, adolescentes e incapazes em geral (BRASIL, 2016).

Ou seja, entendeu-se que, “enquanto de adulto se trate, cada um dá à sua vida sexual o rumo que bem entender. O plano moral não pode ser confundido com o plano jurídico” (GOMES, 2009).

Além disso, sobretudo durante períodos ditatoriais brasileiros, face à inexistência de uma Constituição democrática que permitisse o controle axiológico do ordenamento jurídico, as cláusulas gerais de conteúdo moralizante como os bons costumes tornaram-se uma potente arma de limitação da autonomia existencial (VIVEIROS DE CASTRO, 2017b, p. 430). Ou seja, a previsão legal de um dispositivo de conteúdo incerto acabava por representar uma carta branca para os intérpretes no intento de exercer o controle social da autonomia em suas variadas manifestações⁸.

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro defende que a cláusula geral de bons costumes, desde que constitucionalizada, pode assumir papel de instrumento legítimo de efetivação dos valores constitucionais a partir da imposição de fronteiras democráticas à autonomia privada existencial (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 274). A autora parte da teoria tríplice da autonomia existencial, segundo a qual há atos de autonomia de *eficácia pessoal*, cujos efeitos não alteram a esfera jurídica alheia, repercutindo exclusivamente na esfera do seu titular; atos de autonomia de *eficácia interpessoal*, cujos efeitos transcendem a esfera do titular e causam lesão ou ameaça a direito de terceiros concretamente identificados; e atos de autonomia de *eficácia social*, cujos efeitos repercutem na esfera jurídica de um número indefinido de pessoas, atingindo a coletividade. Assim, a autora defende que a cláusula de bons costumes pode ser invocada para limitar os atos de autonomia existencial de eficácia interpessoal e social, uma vez que não haveria justificativa democrática para incidência da cláusula nos atos de eficácia pessoal, sob pena de se cair em um enorme paternalismo do Estado (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 277).

Contudo, para a correta aplicação da cláusula geral de bons costumes como limite externo à autonomia existencial, a autora parte da constitucionalização do direito civil, propondo um conceito constitucionalizado de bons costumes, que promova o equilíbrio entre os princípios da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado. Ou seja, não se trataria de consolidar a moral social, mas de promover a moralidade constitucional (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 279).

Ocorre que a pretendida constitucionalização da cláusula geral de bons costumes e de outras cláusulas do direito civil pode aumentar a complexidade dos processos jurídico-decisórios,

8 Thamis Dalsenter Viveiro de Castro (2017b, p. 431) ilustra essa afirmação com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RMS nº 18.534/SP, cujo relator foi o Ministro Themistocles Cavalcanti, em 1967. No julgamento, os bons costumes foram usados para motivar a censura à imprensa, com o recolhimento de exemplares da revista Realidade que trazia reportagens sobre sexo.

afetando drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial na resolução de casos pontuais (LEAL, 2015, p. 132). Pode-se afirmar que o direito civil constitucional cria condições para uma inundação do direito por padrões de moralidade, muitas vezes oriundos da amplitude do conceito de dignidade (LEAL, 2015, p. 154).

No tocante aos bons costumes, esse cenário de constitucionalização aumenta as incertezas no desfecho de casos concretos e possibilita que o conservadorismo de alguns magistrados continue imperando para afastar comportamentos tidos como desviantes e indesejáveis. Estabelecer que “a postura criativa do magistrado deve ser limitada pelos valores constitucionais sempre” e pelo dever de fundamentação de suas decisões (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 275) não resolve o problema da vagueza da cláusula, da insegurança jurídica e dos riscos de limitação indevida da autonomia privada em razão da má aplicação de uma cláusula de conteúdo moralizante, como vem ocorrendo nos casos já citados.

Dessa feita, a expressão “bons costumes” não encontra um conceito claro e bem definido na legislação. A doutrina e a jurisprudência associam-na à moral, de modo que seu uso acaba por culminar na imposição de uma moral específica e, normalmente, conservadora, sobretudo no campo sexual e religioso. Todavia, a adoção pelo Estado de uma moral particular mostra-se incompatível com uma sociedade plural e com um Estado laico.

2 PLURALISMO E LAICIDADE: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS DIFERENTES MORAIS

O cunho moralizante da cláusula geral dos bons costumes opõe-se ao crescente reconhecimento jurídico das formas alternativas de vida. Nos últimos tempos, acirraram-se as críticas à pretensão uniformizadora que marca o direito desde o advento do Estado-Nação. A artificialidade e a insuficiência do modelo centralizador oitocentista têm sido confrontadas praticamente desde o seu aparecimento. “Várias correntes, de inspirações teóricas e filosóficas distintas, insistiram no caráter redutor do legalismo e na necessidade de uma concepção mais alargada, mais plural, do ordenamento jurídico” (HESPANHA, 2014, p. 59). Atualmente, entretanto, a demanda por uma revisão pluralista do direito é intensificada pela conjugação de uma série de fatores.

É certo que as sociedades ocidentais são cada vez mais dinâmicas e diferenciadas. Os recentes fluxos migratórios, por exemplo, acentuaram a complexidade étnico-cultural ao introduzir nessas comunidades ideários destoantes dos padrões usuais. Além disso, observa-se o paulatino reconhecimento de cosmovisões divergentes defendidas por movimentos feministas, juvenis, ecologistas, sexualmente divergentes etc. (HESPANHA, 2014, p. 28-29). A própria noção de Estado Nacional passa hoje por uma crise. As mudanças do breve século XX (HOBBSAWM, 2003) provocaram profundas alterações na geopolítica mundial e colocaram em xeque os conceitos tradicionais de soberania interna e externa. O processo de globalização, potencializado pelo desenvolvimento tecnológico, evidencia o problema da coexistência de valores locais e globais na constelação pós-nacional (HABERMAS, 2001).

No campo religioso, para além da mera secularização, busca-se hodiernamente a laicidade estatal. Isso porque, “se toda a laicidade é uma secularização, nem toda a secularização é (ou foi) uma laicidade” (CATROGA, 2010, p. 273). A ideia de secularização compreende basicamente a neutralidade confessional do Estado. Esta postura abstencionista, contudo, não impede por si só a colonização das instâncias político-jurídicas pela religião dominante. A cláusula geral dos bons costumes, por exemplo, é frequentemente preenchida na apreciação pelo Poder Judiciário por imperativos da fé cristã católica. Percebe-se, portanto, que a concreta proteção das diferentes crenças exige uma atuação estatal ativa e voltada à emancipação racional das esferas decisórias. Este é o sentido da laicidade, que abrange o direito à liberdade religiosa não apenas em sua faceta negativa, mas também em seu aspecto positivo.

Todos esses elementos, dentre outros, justificam a atual necessidade de compatibilização do direito com a complexa realidade pluralista. A tarefa de atualização da instrumentária jurídica, no entanto, é bastante tormentosa. Por um lado, não é mais possível a utilização de fórmulas homogeneizantes que desprezam as diferenças e remontam a um período totalitário. Por outro lado, não se pode perder de vista os benefícios propiciados pelo regime democrático, pois, a despeito de suas várias mazelas, a democracia representativa mantém-se enquanto “forma mais regulada, mais controlada e provavelmente mais adequada de manifestação da vontade popular” (HESPANHA, 2014, p. 29).

Nesse contexto, destacam-se as propostas de legitimação procedimental do direito. Estas doutrinas objetivam conferir uma maior abertura aos diversos posicionamentos sociais, sem abrir mão de mecanismos mínimos de controle institucionalizado. Ilustrativamente, incluem-se nessa vertente a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e a teoria discursiva de Jürgen Habermas. Também integra esse grupo a teoria do direito dúctil formulada por Gustavo Zagrebelsky (2011).

A alegoria da ductilidade do direito utilizada por Zagrebelsky representa bem a aspiração por um ordenamento jurídico mais flexível, que não pretenda a padronização, mas sim a concordância prática das diferentes mundividências. Para o autor, perspectivar a Constituição democrática em um panorama pluralista significa compreendê-la como um compromisso de possibilidades ao invés de um projeto rigidamente ordenador (ZAGREBELSKY, 2011, p.14). Zagrebelsky (2011, p. 13) parte da premissa de que as sociedades atuais são “marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para se fazer exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado”⁹. Nessa conjuntura relativista, “somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e da lealdade em seu enfrentamento (no referente ao aspecto procedimental)” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14)¹⁰.

9 No original em espanhol: “marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13).

10 No original em espanhol: “[s]olamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto substancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14).

No mesmo sentido, Antônio Manuel Hespanha (2014, p. 156-157) desenvolve uma interessante analogia entre direito e música:

É esta natureza compósita das sociedades contemporâneas que as democracias constitucionais procuram respeitar e proteger, quer contra as maiorias parlamentares conjunturais e que não reflectam a complexidade da constelação comunitária de valores (princípio contramaioritário), quer contra a apropriação da vontade popular por uma minoria de especialistas, de burocratas ou de tecnocratas. [...] Os juristas aparecem aqui não como hermeneutas mais qualificados da vontade popular (que dela saberiam mais do que o próprio povo), mas apenas como técnicos especializados na descoberta de uma “«concordância prática» das discordâncias”, de um arranjo harmónico das várias vozes (da polifonia), apoiados (tal como os técnicos do *music mixing*, ou arranjo musical) em instrumentos conceptuais desenvolvidos – alguns desde há muitos séculos – pelo seu saber especializado.

Em suma, espera-se do direito contemporâneo a consideração e a conformação racional dos diversos pontos de vista confrontantes. Com efeito, é inadmissível a imposição de uma moral específica, ainda que adotada pela maioria da população. Pelo contrário, os postulados do pluralismo e da laicidade reclamam o reconhecimento e a proteção estatal das diferentes morais presentes na sociedade. Na prática, isso significa a imposição de um pesado ônus argumentativo para o repúdio jurídico em relação à determinada concepção de vida boa. Apenas um instituto com sólidas bases dogmáticas poderia preencher tais exigências, e esse parece não ser o caso da cláusula geral dos bons costumes.

3 A INSUSTENTABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES

Observa-se uma tendência prática de aproximação dos bons costumes da moral religiosa. De acordo com Cordeiro (2007, p. 1163), “a Ética dos grandes sistemas religiosos distingue-se por ser preconizada não para um indivíduo isolado, mas para uma multiplicidade, assumindo, à partida, uma vocação universal”. Assim, quando um determinado grupo religioso se impõe como majoritário em um corpo social, verifica-se uma tentativa de controle dos comportamentos dos agentes, tendo por base a prescrição cogente de valores ligados ao seu credo. Em países de marcada influência cristã é possível observar a tentativa de consagração de modelos religiosos de atuação, por intermédio direto ou indireto do ordenamento jurídico, sendo a cláusula geral de bons costumes uma das principais formas de alcançar o referido intento. Por conseguinte, a condenação da usura, a repressão a determinadas vivências sexuais e o controle dos deveres conjugais, por exemplo, acabam por configurarem campo de acentuada utilização dos bons costumes.

O referido fenômeno é agravado no campo específico da moral sexual, subjacente aos sistemas religiosos. Problemas envolvendo a prostituição e os negócios jurídicos correlatos ao seu exercício acabam por sofrer influência dos bons costumes, sendo o comércio sexual uma das áreas de maior aplicação da cláusula, que atua enquanto mecanismo de controle do objeto

pactuado. Identifica-se em determinadas narrativas jurídicas, a tentativa de domínio de um pretensão sentimento de decência, que, em detrimento da plena realização do indivíduo, acaba por tolhê-lo e impedir o livre uso de seu corpo. Quando o Poder Judiciário impede que um profissional do sexo receba o valor combinado com seu cliente, tendo por fundamento único ser o negócio atentatório aos bons costumes, impede-se que um indivíduo exerça a sua autonomia de maneira plena, além de gerar locupletamento na esfera de titularidade daquele que se utilizou dos serviços contratados.

Para além dos problemas apresentados, o emprego dos bons costumes como elemento a fundamentar uma dada atuação jurídica acaba por se aproximar de outras cláusulas gerais, tais como a ordem pública¹¹ e a boa-fé objetiva. Não raramente, inclusive, as referidas construções são enunciadas conjuntamente pela legislação e, por conseguinte, acabam por não serem diferenciadas no plano da argumentação. Essas zonas de sobreposição revelam uma ausência de técnica jurídica no tratamento dado às variadas cláusulas gerais previstas em lei, requerendo do intérprete um adequado posicionamento quanto ao uso das cláusulas gerais em análise.

Assim, apesar das diferenças históricas e dogmáticas existentes entre bons costumes e boa-fé objetiva, observa-se que algumas decisões que se assentam na primeira categoria poderiam ser melhor fundamentadas na consagração da boa-fé objetiva. Isso se dá, notadamente, nas situações em que se busca solucionar problemas de ordem patrimonial, campo de aplicação da referida cláusula geral¹². A título de exemplo, o controle de pactos abusivos de não concorrência – que já se deu tendo por elemento justificador os denominados bons costumes (CORDEIRO, 2007, p. 1215) – poderia ter seu fundamento nos deveres laterais ligados à boa-fé objetiva, notadamente no dever de cooperação que deve marcar o comportamento das partes envolvidas na negociação analisada. Desse modo, situações subjetivas de natureza patrimonial demonstram ser passíveis de controle com o uso da boa-fé, sem que seja necessário o recurso a ponderações assentadas na moralidade intrínseca à cláusula geral de bons costumes.

O aludido argumento é reforçado ao se analisar a forma como o abuso de direito foi positivado no Código Civil brasileiro. De acordo com o art. 187, do referido texto normativo, “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”. Apesar de serem apresentadas três diferentes válvulas de controle do exercício de um direito, a prática revela a desnecessidade de recurso aos bons costumes para a solução de qualquer contingência fática. A título de exemplo, as próprias decisões da jurisprudência francesa posterior ao Código Napoleão de 1804¹³, que deram origem às primeiras reflexões sobre o abuso de direito, se analisadas no

11 De acordo com Thamis Dalsenter Viveiros de Castro (2017a, p. 143), “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 Assembléia constituinte.”

12 Thamis Dalsenter Viveiros de Castro sustenta que a boa fé objetiva não pode ser aplicada “ao terreno das existencialidades, tendo em vista, sobretudo, que nestas a função é pessoal e ilimitada, a saber, a realização do projeto de livre desenvolvimento da personalidade” (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 165).

13 Segundo Cordeiro (2007, p. 671): “As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão. Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de

contexto da atual codificação brasileira, poderiam ser fundamentadas somente com base no fim econômico-social ou na função limitadora da boa-fé objetiva. Assim, tais recursos revelam-se como instrumentos suficientes para o controle de condutas, além de permitirem um exame centrado em elementos de ordem objetiva, que dispensam a aplicação de juízos de moralidade.

Relativamente à ordem pública, Enzo Roppo (2009, p. 186) chega a sustentar que “as fronteiras entre ordem pública e bons costumes não são nítidas e, na presença de casos concretos, muitas vezes, não é fácil estabelecer se estamos perante um ou outro conceito”. Apesar da dificuldade de distinguir os dois conceitos, grande parte da doutrina apresenta uma diferenciação correlata à natureza dos princípios afetados. Nesse sentido, Jorge Morais Carvalho (2016, p. 120) sustenta que “a ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto os bons costumes remetem para princípios extrajurídicos, de natureza ética ou moral”. Ocorre que princípios extrajurídicos não devem servir de embasamento para limitações da autonomia privada e, somente nas hipóteses em que esses mesmos princípios são incorporados no ordenamento, sendo afetados pela juridicidade, poder-se-ia utilizá-los como fundamento de uma decisão jurídica. Isto significa dizer que a ordem pública é suficiente para o controle dos comportamentos dos indivíduos, notadamente por consagrar um determinado valor como cânone ou modelo jurídico a ser seguido. A lesão a ordem pública está correlacionada a elementos constantes da estrutura do próprio ordenamento jurídico, enquanto o uso dos bons costumes como forma de controle da autonomia assenta-se em juízos de moralidade internos, ligados ao subjetivismo de cada julgador.

Assinala-se, ainda, que o uso da cláusula geral de bons costumes revela dificuldades quando contrastado com os textos de variadas Constituições de Estados ocidentais. As garantias previstas nos referidos textos, principalmente aquelas ligadas aos direitos fundamentais e ao exercício das liberdades individuais, não se coadunam com o emprego indiscriminado dos bons costumes como elemento de controle do exercício de direitos. A título de exemplo, a Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso II, enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O controle do exercício da autonomia, tendo por elemento basilar a moralidade inerente aos bons costumes, configura cenário de clara inadequação e desajustamento. Para além desse problema pontual, é necessário destacar a existência de verdadeira inconformidade no emprego dos bons costumes, se tomada em consideração a própria axiologia que advém de um texto constitucional, principalmente, se contrastado com a dignidade da pessoa humana. O referido princípio deve ser sempre sopesado em consonância com a autonomia e a alteridade, concretizando as dimensões que devem estar presentes no conceito de pessoa natural (STANCIOLI, 2010, p. 84). Assim, a limitação da autonomia embasada nos bons costumes – principalmente quando fundamentada em uma moralidade adstrita a juízos subjetivos do ente julgador – atenta contra a

precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.”

dignidade, na medida em que obsta a própria realização pessoal e interpessoal do indivíduo.

Justifica-se, pois, a crescente preocupação em perspectivar os institutos jurídicos no atual ambiente pluralista, e os bons costumes não fogem a essa premissa. Apesar de a moral social e o direito apresentarem-se em interface, não parece ser por meio da ponderação assentada nos bons costumes, que a referida conexão seja empreendida. A imposição da moralidade dominante, independentemente de sua origem (moral autônoma, moral social ou moral religiosa) revela-se inadequada, pois reduz as possibilidades de autorrealização do indivíduo, podendo causar-lhe prejuízos assentados em percepções preconceituosas de determinadas vivências pessoais.

CONCLUSÃO

Apesar da tradição que marca o emprego da cláusula geral de bons costumes nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, observa-se que o seu uso tem sido efetivado em dissonância com as exigências impostas por uma sociedade que se pretenda pluralista. Percebe-se, em verdade, que os bons costumes são habitualmente identificados com o pensamento majoritário presente em um determinado corpo social, redundando na repressão de variadas vivências individuais que se voltam para a realização de cada um dos projetos de vida boa existentes.

A cláusula geral de bons costumes é normalmente apresentada como um limite para o exercício da autonomia individual, em diferentes campos jurídicos. Como destacado, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, os bons costumes limitam a autonomia contratual, o exercício dos direitos – enquanto qualificadora do abuso – e até o livre uso do corpo. O controle da autonomia privada por meio dos bons costumes, entretanto, oferece ampla margem para a concretização de juízos discriminatórios e atentatórios à liberdade consagrada por um ordenamento jurídico de natureza democrática.

A crescente complexidade da coletividade acentua o anacronismo da aplicação atualmente dispensada à cláusula geral dos bons costumes. No campo do direito, o antigo desiderato totalizante tem cedido espaço para a pretensão de reconhecimento e coordenação das diferenças. Nesse sentido, os valores do pluralismo e da laicidade estatal afastam a imposição de padrões morais privilegiados. Para além do descompasso principiológico, contudo, é questionável a justificação dos bons costumes frente à possibilidade de recurso a outros instrumentos jurídicos com bases dogmáticas mais precisas. Os institutos da boa-fé objetiva e da ordem pública, por exemplo, viabilizam um controle mais técnico e objetivo da conduta individual. Ao menos em sua feição usual, portanto, evidencia-se a insustentabilidade da cláusula geral dos bons costumes na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: parte geral.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus 211.888**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-rogerio-schietti-prostitutas.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Turma. **Habeas Corpus 104467**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 fev. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18381692/habeas-corporus-hc-104467-rs>. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Conflito de Jurisdição 6655**. Relator: Min. Celio Borja, 17 jun. 1987. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14677661/conflito-de-jurisdicao-cj-6655-sp>. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso em Habeas Corpus 59518**. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 26 ago. 1982. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/49_RHC%2059518%20-%20Caso%20Trottoir.pdf. Acesso em: 5 out. 2019.
- CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016.
- CATROGA, Fernando. **Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a dignidade sexual e outras reformas penais**. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2. Grupo de Câmaras Criminais). **Revisão Criminal 1.0000.11.013706-4/000**. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, Relator para o acórdão: Des. Eduardo Brum, 6 de setembro de 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4504>. Acesso em: 9 out. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.11.275224-1/001**. Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 14 de outubro de 2014. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B1434FD6E34053F6B4F7BAB42D196672.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.039893-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 5 out. 2019.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017a.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017b.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.

Como citar: PEREIRA, Fábio Queiroz. LARA, Mariana Alves. ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade da Sociedade Contemporânea. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p162. ISSN: 2178-8189

Recebido em 28/02/2019

Aprovado em 01/11/2019