

## Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil

*Notes on the general clauses of boni mores: the importance of historicity of the traditional civil law institutes*

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro\*

### Resumo

Ao apresentar as notas distintivas da utilização da cláusula geral de bons costumes na experiência jurídica do Código Civil e das Constituições brasileiras, o presente artigo tem como objetivo demonstrar a trajetória de consagração desse instituto moralizador como elemento voltado para a interdição das liberdades existenciais.

**Palavras-chave:** Historicidade. Bons costumes. Cláusula geral. Liberdades existenciais.

### Abstract

*In presenting the distinctive notes on the use of the general clause of boni mores in the legal experience of the Civil Code and Brazilian Constitutions, this article aims to demonstrate the effectiveness of this moralizing institute as an element for restricting existential freedoms.*

**Keywords:** *Historicity. Boni mores. General clause. Existential freedoms.*

## 1 Introdução

O termo jurídico *bons costumes* consagrou-se como sinônimo de imposição de padrões comportamentais considerados socialmente adequados, sendo usualmente empregado nos recentes períodos antidemocráticos da história brasileira como instrumento de interdição das liberdades existenciais. Essa constatação, que decorre de um esforço investigativo sobre os mecanismos jurídicos que permitiram a utilização desse instituto como elemento moralizador a serviço de posições autoritárias, ressalta a importância do papel que a historicidade dos institutos desempenha para a compreensão radical do sentido de termos jurídicos de conteúdo indeterminado.<sup>1</sup>

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*<sup>2</sup> 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.

\* Doutora em Direito Civil pela UERJ, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. E-mail: thamisdalsenter@gmail.com

<sup>1</sup> Na formulação de uma cláusula geral, a hipótese legal é elaborada mediante o emprego dos chamados conceitos de conteúdo indeterminado, cujo significado é intencionalmente vago. Para maiores esclarecimentos sobre a estrutura das cláusulas gerais, cf.: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002; VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 132 e ss.

<sup>2</sup> De acordo com Eric Hobsbawn (1997, p. 35), "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."

Trata-se de analisar 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 (GOMES, 2006, p. 3).

Essa perspectiva deriva especialmente de um dos mais importantes pilares do direito civil constitucional, que é o reconhecimento da contingencialidade dos institutos de direito civil (KONDER, 2016, p. 31). Diante das dificuldades interpretativas que envolvem as cláusulas gerais, é ainda mais relevante a tarefa de compreender o sentido e o alcance do termo *bons costumes* a partir da ideia de que todo conceito jurídico tem seus contornos desenhados de forma diferente pelo tempo e pelo espaço. Isso significa, em outros termos, que não há um direito civil neutro, tampouco institutos de direito civil que sejam “não históricos” (SCHREIBER, 2016, p. 4), razão pela qual o prestígio ou o desprestígio de uma cláusula geral como *bons costumes* não se dá ao sabor do acaso.

Esse raciocínio se torna ainda mais fundamental diante de uma cláusula que se liga definitivamente à ideia de cultura, como é o caso dos *bons costumes*. Não são poucas nem recentes as disputas teóricas sobre o termo cultura no campo das ciências sociais,<sup>3</sup> o que explica em grande parte o alto nível de incerteza jurídica que ronda o tema, além de justificar também a ausência de estudos que confirmem autonomia científica à cláusula de *bons costumes*. Não sem razão, a metodologia civil-constitucional desponta como marco para as análises aqui empreendidas, tendo em vista a necessidade de considerar os diferentes papéis desempenhados pelos *bons costumes* à luz da historicidade e da relatividade dos institutos de direito civil.

A configuração tradicional do instituto dos *bons costumes* deita raízes no *boni mores* romanos (CORDEIRO, 2011, p. 1210), mas ainda que fossem fartos os recursos ao termo *bons costumes* no Digesto, as ocorrências eram vazias de conteúdo e os romanos apenas mencionavam genericamente várias hipóteses típicas que contrariavam os *boni mores*.<sup>4</sup> Não havia, naquele contexto, qualquer aproximação com o que hoje se considera como cláusula geral em sua função interpretativa de abertura do Código Civil. Na mesma linha, o Código Civil germânico (BGB)<sup>5</sup> não trouxe referências aos *bons costumes* como cláusulas gerais. Na esteira do *Corpus Iuris Civilis*, o Código se ocupou de descrever hipóteses típicas “de comportamentos considerados contrários aos *mores*” (CORDEIRO, 2011, p. 1214).

Na falta 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 esse 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*.

A despeito de suas raízes, o protagonismo dos *bons costumes* pertence a um tempo histórico que não fornece boas lembranças, tampouco diretrizes úteis para o contexto democrático brasileiro que se vivencia atualmente. A recepção dos *bons costumes* no direito brasileiro seguiu a receita da tradição romano germânica de utilização do instituto: previsão legislativa cuja indefinição de conteúdo sempre

<sup>3</sup> É oportuna a transcrição: “Verdades culturais – trate-se da arte elevada ou das tradições de um povo--são algumas vezes verdades sagradas, a serem protegidas e reverenciadas. A cultura, então, herda o manto imponente da autoridade religiosa, mas também tem afinidades desconfortáveis com ocupação e invasão; e é entre esses dois polos, positivo e negativo, que o conceito, nos dias de hoje, está localizado. Cultura é uma dessas raras ideias que têm sido tão essenciais para a esquerda política quanto são vitais para a direita, o que torna sua história social excepcionalmente confusa e ambivalente”. (EAGLETON, 2011, p. 10).

<sup>4</sup> 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*.” (CORDEIRO, 2011, p. 1210).

<sup>5</sup> Antes mesmo da promulgação do BGB já se registrava uma importante tendência jurisprudencial a definir condutas que contrariavam a noção de *bons costumes*. Dentre as possibilidades de sua aplicação, destacavam-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”. Essa dimensão dada pelos tribunais para o instituto dos *bons costumes* parece ter sido uma das razões que levou à justificação de motivos do Código a adotar uma fórmula que agrega dois “fatores metajurídicos: a moral abstrata e o sentimento de decência”. 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”. (CORDEIRO, 2011, p. 1217).

serviu aos comandos conservadores de comportamentos sociais tidos como indesejáveis. No entanto, nossa cultura jurídica<sup>6</sup> 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 se referisse a valores dentro do contexto brasileiro.

De fato, foi no palco dos períodos antidemocráticos do Brasil que o instituto dos bons costumes assumiu papel de destaque absoluto no controle e na interdição das liberdades. Decorre daí a necessidade de recorrer à metodologia civil constitucional para vincular definitivamente o conteúdo dos bons costumes aos imperativos republicanos consagrados na Constituição Federal de 1988. Não se pode olvidar, como restará claro nas próximas páginas, que somente num contexto de constitucionalização do direito civil é possível sustentar que a cláusula geral desempenhe papel democratizante das relações privadas, atuando como instrumento para a proteção da dignidade da pessoa humana no exercício da autonomia privada.

Essa perspectiva que relaciona a cláusula de bons costumes aos ditames constitucionais democráticos é relevante, sobretudo porque a “Constituição brasileira de 1988 não poderia ter sido mais clara em relação ao seu projeto de sociedade” (SCHREIBER, 2016, p. 16), afastando qualquer possibilidade de utilização dos bons costumes para a promoção ou aprofundamento de discriminações e de intolerâncias.

Tendo em vista que não se pode ignorar o potencial que essa categoria jurídica possui para se conservar cumprindo a mesma função em épocas históricas tão distintas, o presente artigo pretende apresentar algumas importantes considerações sobre a historicidade da cláusula para o direito civil brasileiro e sua influência para a interpretação dos bons costumes no contexto democrático atual.

## 2 O papel dos elementos moralizadores diante da cultura jurídica brasileira e de suas peculiaridades

A cultura jurídica brasileira pertinente ao direito privado é marcada pelas peculiaridades de um ordenamento jurídico formado a partir de movimentos que oscilavam entre a aproximação e o distanciamento legislativo entre Brasil e Portugal. Mesmo que o direito civil brasileiro, durante grande parte do século XX, tenha sido penetrado pelos traços medievais presentes nas Ordenações, isso não significa, contudo, que tenha havido uma identidade absoluta com o direito português durante todo esse período, que teve seu declínio a partir do Código Civil de 1916. Tratava-se, na realidade, de um longo período de continuidades e rupturas (PEREIRA, 2001, p. 87), que colocou a legislação brasileira em um lugar bastante singular, inclusive em relação às demais culturas jurídicas da América Latina.<sup>7</sup>

As categorias jurídicas oferecidas pelas Ordenações se tornaram cada vez mais insuficientes diante das inspirações iluministas que tomavam o século XVIII, ainda que a legislação do reino trouxesse mecanismos que lhe garantiam uma importante sobrevivência<sup>8</sup>. 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 (FONSECA *apud* NEDER, 2007, p. 112).

Para reconfigurar o sistema de preenchimento de lacunas, a Lei de 18 de agosto de 1769, que ficou conhecida como Lei da Boa Razão, afastou a aplicação do direito canônico e tornou subsidiário o recurso ao direito romano, além de subordinar a sua aplicação à “boa razão” dos jusnaturalistas.<sup>9</sup> Já os estatutos

<sup>6</sup> A esse respeito, vale ressaltar a posição de Miguel Reale (1999, p. 3) 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”.

<sup>7</sup> 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, conseqüentemente, de ruptura com a realidade jurídica existente nos tempos anteriores à independência (ocorrida em 1822)” (FONSECA *apud* NEDER, 2007, p. 109-111).

<sup>8</sup> 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 *apud* NEDER, 2007, p. 112).

<sup>9</sup> 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 formalizaram, para servirem de regras morais para o cristianismo”. FONSECA *apud* NEDER, 2007, p. 112).

universitários, publicados em 1772, 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.<sup>10</sup>

Mas se a Lei da Boa Razão e os novos estatutos universitários representam 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 (HESPANHA, 2006, p. 95-116) enquanto não fossem elaborados os códigos do direito nacional.<sup>11</sup> 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.

Ainda sobre a cultura jurídica brasileira, é preciso destacar que a formação do Direito Civil no Brasil foi fortemente influenciada pelo Direito alemão. Como as leis portuguesas foram intensamente pautadas pelos institutos e normas da Alemanha, o Direito Civil brasileiro foi se desenhando com muitos traços germânicos que estavam no ordenamento de Portugal e que eram utilizados diretamente no Brasil. Além dessa desse aspecto, não se pode deixar de sublinhar a influência do Direito Civil alemão na formulação do Código Civil de 1916, não só na positivação de institutos, mas também em muitos pontos referentes à redação e às características da técnica legislativa adotada (RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 46).

O primeiro Código Civil brasileiro refletiu a moral social regional da sua época, e reproduziu estruturas arcaicas da legislação da antiga metrópole,<sup>12</sup> adaptando-as à cultura jurídica nacional e aos interesses econômicos das elites locais – o que parece ter sido uma consequência natural do modo de composição de interesses pelo qual se deu a Independência do Brasil (FONSECA *apud* NEDER, 2007, p. 115).

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 posteriormente influenciaram o Código Civil Português de 1967. Tratava-se das marcas de um liberalismo conservador, “que combinava liberalismo e escravidão” e uma classe dominante convencida de que esse binômio era absolutamente necessário para o desenvolvimento econômico do país, a despeito de todas as evidências sociais de que a escravidão não mais deveria se sustentar como argumento de ordem econômica (REALE JUNIOR, 2013, p. 133).

Nem todos os ideais oitocentistas foram incorporados devidamente ao Código de 1916, mas esse fato não afastou a identidade metodológica entre a codificação brasileira e os códigos modernos. A primeira codificação civilística brasileira foi construída de acordo com a estrutura metodológica dos grandes códigos, 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 dessa época determinou os contornos dos chamados códigos totais, “totalizadores e totalitários, aqueles que, pela interligação sistemática de regras

<sup>10</sup> 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 *apud* NEDER, 2007, p. 113).

<sup>11</sup> Lei de 20 de Outubro de 1823: “Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela 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 daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, 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.”

<sup>12</sup> Como afirma Orlando Gomes (2006, p. 9) 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, suprimindo, 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.”

casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada” (GOMES, 2006, p. 116).

Essa pretensão de “plenitude lógica e completude legislativa” (GOMES, 2006, p. 117) demandava uma constante preocupação de ordem linguística, de modo que os códigos totais eram caracterizados por uma linguagem que visava à máxima precisão possível, como forma de afastar seus enunciados normativos de elementos metajurídicos, como 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 podiam encontrar outros sete registros de noções genéricas de conteúdo semelhante, como “moral” e “imoral”, e nenhuma delas representava o que se denomina atualmente cláusula geral, como se verá adiante.

Apenas uma das menções feitas pelo Código Civil de 1916 tem correspondência no Código de 2002, em item destinado ao exame da destituição do poder familiar. Tratava-se de enunciado destinado ao exercício e à 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.<sup>13</sup>

Além dessa, verificava-se uma referência aos bons costumes com a preocupação do legislador em respeitar o ordenamento jurídico nacional diante das possíveis ofensas aos bons costumes advindas de leis, atos, sentenças estrangeiras e disposições e convenções particulares.<sup>14</sup> A derradeira 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 alheios ao contrato”.

Mas mesmo no ponto de contato entre os dois Códigos, naquilo que se refere aos bons costumes, a identidade deve ser rejeitada. Não se tratava, no Código passado, de cláusula geral que tivesse objetivo de transformar as relações familiares impondo condutas positivas, ou orientando o intérprete sobre quando se faria legítima a restrição à autonomia existencial de ordem familiar, como se espera de uma cláusula geral. Tratava-se tão somente de definir como insustentáveis determinadas condutas realizadas pelos genitores, nada muito diferente do que se esperava de um conceito de forte conteúdo moral não vinculado necessariamente a uma Constituição democrática.

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

<sup>13</sup> 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”.

<sup>14</sup> 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”.

democrática. De fato, 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 de destaque durante os períodos ditatoriais brasileiros, servindo de instrumento de controle social da autonomia existencial em suas variadas manifestações.

### **3 A utilização da categoria bons costumes nos principais períodos antidemocráticos da história brasileira**

Utilizado como um dos principais elementos limitadores da liberdade durante os períodos antidemocráticos da história brasileira, a força que a noção de bons costumes adquiriu nesse contexto se tornou evidente, sobretudo pelo fato de que a autonomia privada existencial passou a sofrer interferências brutais por parte do Estado, desenhando uma das fases de paternalismo mais forte e injustificado.<sup>15</sup>

Um dos pilares do controle da autonomia existencial regido pelo Estado estava nos mecanismos de censura, cuja configuração variava em grau de intensidade e em modos de aplicação, a depender do comando e do regime militar vigente. No entanto, a despeito das variações que lhe foram próprias, é possível afirmar que 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. A censura então “se caracterizou como instrumento político composto por duas dimensões distintas, porém intrínsecas: uma dimensão saneadora e uma dimensão pedagógica”. (SETEMY, 2008). Como esclarece Adrianna Setemy (2001, p. 7),

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.

Dessa forma, a dimensão saneadora da censura estava ligada à tentativa de controlar os comportamentos sociais e políticos, eliminando dos meios de comunicação aqueles assuntos<sup>16</sup> que contrariavam aos interesses do governo.

Para além da dimensão saneadora, assumia relevo a função pedagógica que era atribuída à censura. Sobre esse aspecto, 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. (SETEMY, 2001, p.3 e ss). 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

[...] ingênuo, despreparado 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 (SETEMY, 2001, p. 3).

Como descreve Cristina Costa, “era mais fácil um filme erótico conservador ser liberado pela censura do que, por exemplo, uma peça de Nelson Rodrigues. A censura aceitava uma mulher aparecendo como

<sup>15</sup> Para maiores considerações sobre o paternalismo jurídico, cf. Viveiros de Castro (2017, p. 54 e ss).

<sup>16</sup> De acordo com Adrianna Setemy (2001, p.7) 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. 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.”

objeto e sendo dominada pelo homem”,<sup>17</sup> mas não aceitava qualquer atuação que representasse, aos olhos dos censores, um atentado aos valores da tradicional família burguesa.

Tendo isso em vista, 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, mediante o uso da pílula anticoncepcional, e o 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.

Como consequência desses objetivos assumidos pelos mecanismos de censura, 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.<sup>18</sup> Não por outra razão, um dos mais importantes instrumentos de controle social no regime militar era feito por meio da censura dos costumes executada pela Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP). Ainda que a criação do órgão executor tenha sido anterior ao regime militar,<sup>19</sup> datando precisamente de 1940, foi a partir de 1964 que a DCDP teve maior protagonismo na história antidemocrática brasileira.

Através de uma “associação imaginária entre imoralidade e subversão política” (MARCELINO, 2005), 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, muitos segmentos da população ansiavam o recrudescimento das medidas de censura,<sup>20</sup> o que não tardou a ser incorporado às diretrizes governamentais.

Um exemplo representativo desse raciocínio chegou ao Supremo Tribunal Federal no RMS n.º 18.534/SP,<sup>21</sup> cujo relator era o Ministro Themistocles Cavalcanti, em 1967. 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, de 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.”

<sup>17</sup> Informações disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2013/10/1362449-na-transicao-democratica-a-censura-atuava-pela-moral-e-os-bons-costumes.shtml>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>18</sup> Com dois enfoques distintos, a questão dos diferentes tipos de censura feitos durante a ditadura militar no Brasil pode ser aprofundada em Setemy (2001, p. 3), e Salvando a pátria da pornografia e da subversão: a censura de livros e revistas nos anos 1970. (MARCELINO, 2005).

<sup>19</sup> A DCDP surgiu em 1940 para substituir um dos órgãos mais tipicamente autoritários, que era o Departamento de Imprensa e Propaganda do estado Novo.

<sup>20</sup> A partir da análise das missivas enviadas ao DCDP, Douglas Marcelino (2005, p. 3) 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 Jundiá, 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.”

<sup>21</sup> 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

O voto que se tornou mais significativo nesse julgamento foi o do ministro 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 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 acanhado”.

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 dele 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,<sup>22</sup> 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 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 problemáticos 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 conservadores, 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 à frente do Ministério da Justiça que houve a implementação da censura prévia de publicações, que também passou a ser incumbência da DCDP por meio do Decreto-lei n.º 1.077, de 26 de janeiro de 1970.

A primeira razão levantada por Buzaid (1970), 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

<sup>22</sup> O teste foi aprimorado em uma série 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, 2014, *online*).

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; 2º 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 (BUZAID, 1970, p.7).

Ao lado da questão médica, Buzaid (1970) levantava a proibição de atos atentatórios à moral e aos bons costumes que era feita no plano do direito penal,<sup>23</sup> 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 (1970) levantava o contexto francês de 1968 como exemplo mais claro e evidente da força corruptiva de um comportamento contrário à moral.

#### **4 A cláusula de bons costumes nas atas da Assembleia Constituinte e os desacordos morais sobre o seu conteúdo**

O discurso de defesa dos bons costumes, feito pelos meios de comunicação e outros mecanismos, esteve presente durante praticamente todos os textos constitucionais brasileiros,<sup>24</sup> sobretudo durante os períodos ditatoriais. Na Constituição de 1934, 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 seria válido. Assim, naquele contexto histórico, apenas as celebrações feitas na Igreja Católica eram habilitadas e produziam todos os efeitos do casamento civil.<sup>25</sup> De acordo 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:

<sup>23</sup> Tempos depois a tutela penal dos bons costumes seria reforçada pelo Supremo Tribunal de Federal, 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).

<sup>24</sup> 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 pôde 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 character 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”.

<sup>25</sup> 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 1920, 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, 1990, p. 54).

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 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 País 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, 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, verificam-se diversas passagens com referência a “costumes” ou “bons costumes”, sendo a grande maioria delas localizada 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 formavam 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 à 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.<sup>26</sup>

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<sup>27</sup> representaria uma verdadeira causa de criação de “maus costumes” (ATAS DAS COMISSÕES DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1988, p. 20 e ss).

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 ocorridas a partir da década de 1960. Não sem razão a seguinte passagem se tornou uma das 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). (ATAS DAS COMISSÕES DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1988, p. 21).

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 da 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 para a presente investigação teórica. Assim, de acordo com José Paulo Bisol:

<sup>26</sup> 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 mídia 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, 1988, p. 13).

<sup>27</sup> 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 parselhas matrimoniadas.” BRASIL. 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

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? (ATAS DAS COMISSÕES DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, 1988, p. 83).

A argumentação do relator apresenta importantes pontos, 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.

## **5 A utilização da cláusula de bons costumes na codificação civil brasileira e a diversa função histórica dos institutos**

Como afirma Pietro Perlingieri (2008, p. 141) sobre a diversa função histórica dos institutos, as circunstâncias pretéritas acima narradas descrevem o processo pelo qual, no decorrer das experiências históricas, “institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais”.

Tendo em vista esse raciocínio, a mera descrição histórica do instituto dos bons costumes seria absolutamente insuficiente para sustentar a sua mudança funcional, na passagem do autoritarismo do regime militar para a legalidade democrática na qual se vive, especialmente após a Constituição Federal de 1988. A historicidade dos conceitos carece, de fato, de uma abordagem crítica que não se furtasse de perquirir quais são as funções desempenhadas pelos institutos nos diversos contextos históricos, a fim de entender se há e qual é o papel que lhes cabe na atualidade.

Tendência oposta indicaria a necessidade de uma inevitável reforma legislativa para retirar definitivamente o termo bons costumes da legislação civil, a fim de afastá-lo como instrumento a favor da intolerância de outrora. Ora, a relevância da historicidade dos institutos se torna cristalina aqui também: os conceitos positivados na legislação não possuem significado pela própria estrutura, sendo necessário contextualizá-los e vinculá-los às funções que lhe podem ser atribuídas no presente. Como consequência desse raciocínio, deve-se também ter em mente que as funções do presente não são condicionadas pelo passado, sendo sempre francamente possível reinventar os sentidos de um instituto e moldá-los às exigências contemporâneas. Não sem razão, o destaque que a cláusula geral de bons costumes recebe hoje, após o advento do Código Civil de 2002, se dá por razões absolutamente diversas daquelas que a colocaram como protagonista da ditadura.

A codificação de 2002, orientada pela dimensão culturalista de Miguel Reale, tem a inovação da linguagem como uma de suas principais características. As cláusulas gerais contribuíram significativamente para a realização desse giro linguístico que distanciou ainda mais o legislador de 2002 do Código de 1916 (MARTINS-COSTA, 2002, p. 52 e ss). A codificação de 1916 foi cunhada sob fortes debates plenários sobre a correção da linguagem a ser utilizada, sem que essa preocupação se projetasse sobre o futuro da

aplicação/interpretação concreta dos dispositivos legais, de modo que se observou “uma preferência pela forma, em detrimento da matéria jurídica. Assim, ao mesmo tempo 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.” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 53).

A distância entre os dois textos legislativos não permite concluir que o Código Civil de 2002 esteja livre de problemas linguísticos, até porque esse é o ônus de todos os códigos que não sejam voltados para a disciplina das “ciências duras”. Mas não se pode deixar de reconhecer 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 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<sup>28</sup>, aproximando-o da estrutura da Constituição Federal de 1988; vale dizer, um modelo estrutural que faz uso da linguagem aberta, por meio 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”. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 117).

Por isso, 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.<sup>29</sup> Contudo, não se tratava propriamente de inovação legislativa, uma vez que a presença<sup>30</sup> da técnica legislativa das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro já podia ser verificada desde a década de 1970, quando se operou um importante movimento de abertura legislativa, ocasião em que o legislador se viu obrigado a recorrer a “critérios menos descritivos” para a elaboração de enunciados normativos (NALIN, 2004, p. 93).

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 mediante a 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.<sup>31</sup> Esse período que culminou com a elaboração da Constituição Federal de 1988 foi marcado, sobretudo, pelo Estatuto da Terra,

<sup>28</sup> Como explica Judith Martins-Costa (1998, p. 118), “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.”

<sup>29</sup> De acordo com Judith Martins-Costa (2002, p.118), 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 políticas”.

<sup>30</sup> Ainda que o destaque às cláusulas tenha sido ampliado na Era dos Estatutos, é importante esclarecer que a boa-fé já estava presente no Código Comercial de 1850, assim como no Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, como explica Gustavo TEPEDINO (2003, p. 232): “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 colaborar 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”.

<sup>31</sup> Ao lado da adoção da técnica de 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, NALIN (2004, p. 95).

Estatuto da Mulher Casada, Estatuto da Criança e do Adolescente, e Código de Defesa do Consumidor (NALIN, 2004, p. 95).

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 ao cenário jurídico nacional.<sup>32</sup> Não se pode negar que foi no 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.<sup>33</sup> 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, pois a potencialidade das cláusulas gerais depende de um correspectivo axiológico que deve ser encontrado nos valores constitucionais.<sup>34</sup> Como explica Paulo Nalin (2004, p. 93), 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.

Na mesma linha desse raciocínio, a Europa também enfrentou semelhante efetivação tardia das cláusulas gerais que já estavam incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais. Entre “abstração empobrecedora e uma casuística acanhada”, os legisladores escolheram o caminho do meio mediante a utilização das cláusulas gerais, que, inclusive, eram reverenciadas como “uma concessão do positivismo à 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.<sup>35</sup>

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. 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

<sup>32</sup> De acordo com Gustavo Tepedino (2003, p. 10), “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 infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento. 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.”

<sup>33</sup> Como sustenta Paulo Nalin (2004, p. 92), 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”.

<sup>34</sup> Assim é também a posição de Jónatas Machado (2002, p. 850), 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 ação social (cultural, religioso, moral etc.).

<sup>35</sup> 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, 2004, p. 545-546).

a necessária atualização no processo de construção da normatividade, transformando-se em verdadeiras cláusulas gerais.<sup>36</sup>

Todo esse processo de positivação de cláusulas gerais previstas pelo legislador, e de elaboração de novas cláusulas por meio da atividade interpretativa, implica diversas considerações referentes à incerteza sobre o conteúdo dos enunciados normativos dessa natureza.<sup>37</sup> De modo geral, as preocupações que rondam o tema dizem respeito à dificuldade para 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 gerais (MARTINS-COSTA, 2002, p. 117-118).

No Código Civil brasileiro de 2002, a cláusula de bons costumes foi expressamente prevista como elemento limitador da autonomia privada, em cinco ambientes distintos: direitos da personalidade, negócio jurídico, abuso do direito, direito dos condôminos e, finalmente, poderes familiares.<sup>38</sup> Em todas essas ocorrências, há um importante denominador comum a ser considerado. O termo bons costumes foi utilizado pelo legislador no sentido de limitar atos de autonomia extrapatrimonial. Para limitar a autonomia privada de cunho patrimonial, o Código Civil é repleto de menções a cláusulas gerais cuja natureza implica imposição de limites externos e internos, como é o caso da boa-fé e da função social.

A aplicação da cláusula geral de bons costumes só é adequada ao universo da autonomia existencial, tendo em vista que esse tipo de liberdade extrapatrimonial não pode ser funcionalizada à realização de interesses socialmente relevantes, pelo que só admite limites externos, como aqueles proporcionados pelos bons costumes. Trata-se de cláusula que cumpre o importante papel de limitar os atos de autonomia existencial sempre que a liberdade pessoal implicar lesão ou risco concreto de lesão a esferas jurídicas alheias a do titular.

A utilidade dessas considerações reside no fato de que as demandas que envolvem a limitação da autonomia existencial frequentemente envolvem grandes desacordos morais, quase sempre classificados como casos difíceis do direito. Mais precisamente, é usual o recurso à noção de bons costumes diante dos casos *difíceis moralmente carregados*, assim classificados por Noel Struchiner e Marcelo Brando (2016, p. 183), como um tipo particular de caso difícil que “tem como pano de fundo uma série de questões que gravitam em torno do domínio da moralidade” e que demanda considerações sobre como os juízes podem solucionar situações concretas que envolvem dilemas morais?<sup>39</sup>

Em outras palavras, há diversos casos difíceis sobre os quais não há necessariamente um dilema moral envolvido, ainda que possa haver alguma cláusula geral dando ensejo a essa situação. Os casos difíceis normalmente se relacionam com situações que envolvem uma regra que não é suficientemente clara, ou ocorrem quando não há regra aplicável, como nas hipóteses de anomia, ou ainda quando há mais de uma regra que pode ser aplicada. Em todas essas circunstâncias haverá um caso de difícil solução (STRUCHINER; BRANDO, 2016, p. 183), mas não necessariamente haverá um conflito de ordem moral. A problemática envolvendo os bons costumes é mais dramática porque normalmente essa cláusula disciplina

<sup>36</sup> 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, 2008, *passim*).

<sup>37</sup> Daí porque acerta Aline Terra ao advertir que “a técnica das cláusulas gerais não dispensa, todavia, intervenções precisas, do tipo regulamentar.” (TERRA, 2016, p. 49).

<sup>38</sup> “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; [...]”.

<sup>39</sup> Alguns casos difíceis moralmente carregados são apontados pelos autores, como a eutanásia, a ortotanásia, limites das políticas de ação afirmativa, conflitos envolvendo os limites da liberdade de expressão diante dos direitos da personalidade e até mesmo a condenação por abandono afetivo, figura cada vez mais presente nas decisões judiciais brasileiras. (STRUCHINER; BRANDO, 2016, p. 183).

questões que são consideradas casos difíceis justamente por envolverem um grande conflito moral, daí porque lhe cai como uma luva a categoria de casos difíceis moralmente carregados.

Com efeito, para delimitar mais concretamente o campo de atuação da cláusula de bons costumes, diante de um contexto de legalidade democrática, recorre-se à *teoria triplíce da autonomia*<sup>40</sup>, que classifica em três tipos os atos de autonomia. Assim, de acordo com os efeitos por ele gerados, os atos podem ser: atos de eficácia pessoal, atos de eficácia interpessoal e atos de eficácia social. Partindo dessa teoria, só se pode permitir a limitação dos atos de autonomia quando os efeitos por ele causados alcançarem esferas jurídicas alheias à do seu titular, gerando lesão ou efetivo risco de lesão a pessoas concretamente consideradas (o que ocorre nos atos de eficácia interpessoal), ou mesmo a um número indefinido de pessoas (o que ocorre nos atos de eficácia social). Na hipótese de os atos de autonomia não gerarem efeitos jurídicos para além da esfera jurídica do titular, afasta-se definitivamente a cláusula geral de bons costumes, tratando-se de ato de eficácia pessoal, a salvo de qualquer limitação que seja alheia à vontade do titular.

Além do campo de incidência dos bons costumes, torna-se necessário reafirmar o potencial que essa cláusula carrega para transformar as relações privadas através da imposição de comportamentos colaborativos, numa aproximação clara com as funções já consagradas e desempenhadas pela cláusula de boa-fé diante do exercício de situações subjetivas patrimoniais. Assim sendo, é possível ressaltar que a aplicação dos bons costumes pode gerar deveres positivos de comportamento, além de limitar a autonomia e, evidentemente, nortear o intérprete nas demandas que envolvem conflitos no exercício das liberdades existenciais.

Diante da diversidade de papéis que podem ser desempenhados pela cláusula, não é excessivo ressaltar que todas essas suas funções devem encontrar na Constituição Federal de 1988 seu correspectivo axiológico, a fim de afastar qualquer tentativa saudosista de ressuscitar o passado antidemocrático dos bons costumes.

Em breve síntese, é possível sinalizar a função atual dos bons costumes como sendo a cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas. Isso significa precisamente que a cláusula geral de bons costumes promove o desejado equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado.

## 6 Conclusão

Os conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado são usualmente apontados como elementos que podem funcionar como verdadeiros cheques em branco para intérpretes pouco comprometidos com ideais democráticos.

No contexto jurídico brasileiro, o instituto dos bons costumes foi se consagrando, no meio das fragilidades históricas da democracia brasileira, como principal elemento moralizador voltado 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.

Não é por outra razão que, mesmo após intensos debates nas reuniões da Assembleia Constituinte, a ideia de bons costumes ficou afastada do texto da Constituição de 1988, numa clara tentativa de defenestrar da legalidade constitucional democrática um instrumento tão identificado com os ideais autoritários que se buscava superar. Esse fato contribuiu para consagrar a cláusula como instrumento de limitação da liberdade extrapatrimonial nas relações privadas, uma vez que tanto o Código Civil de 1916 quanto o

<sup>40</sup> A teoria triplíce da autonomia existencial foi formulada em VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. **Bons costumes no Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 56 e ss e aqui foi sinteticamente apresentada e adaptada ao contexto deste trabalho.

Código Civil de 2002 conservaram um interessante e controvertido espaço para os bons costumes na legislação infraconstitucional.

A análise das circunstâncias históricas revela a pertinência da historicidade dos bons costumes para a compreensão crítica do seu conteúdo e de sua aplicação. O que a diferença de circunstâncias - entre o passado autoritário e o presente democrático - revela é, essencialmente, que a cláusula de bons costumes possui a plasticidade necessária para ser amplamente reformulada e assumir atualmente funções completamente distintas daquelas de outrora, mesmo que nenhuma reformulação conceitual seja capaz de afastar do conceito de bons costumes a incerteza que é própria da sua natureza.

## Referências

- ATAS DAS COMISSÕES DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/1%20-%20COMISS%C3%83O%20DA%20SOBERANIA%20E%20DOS%20DIREITOS%20E%20GARANTIAS%20DO%20HOMEM%20E%20DA%20MULHER.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- 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. p. 369-388.
- BUZAID, Alfredo. **Em defesa da moral e dos bons costumes**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1970.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.
- EAGLETON, Terry. Versões de cultura. In: EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011. p. 11-48.
- 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. 61-76.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 3, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- HOBBSAWN, Eric. **Sobre história**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; CRUZ, Gisela Sampaio da Guedes; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). **Direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 31-48.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas na constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Org.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25-45.
- MARCELINO, Douglas Attila. Salvando a pátria da pornografia e da subversão: a censura de livros e revistas nos anos 1970. Associação Nacional de História – ANPUH. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, XXIII, 2005. Londrina - PR. **Anais...** Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2005. p. 1-8. Disponível em: <<http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0278.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 753, jul. 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck. **Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo**. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2013.

- MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade Criminalizada: Prostituição, lenocínio e outros delitos. São Paulo 1870/1920. **Rev. bras. Hist.**, São Paulo, v. 18, n. 35, p. 247-285, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102\\_01881998000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102_01881998000100012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- 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](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf)>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 41, n.0, p. 85-98, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PRANDI, Reginaldo. Modernidade com feitiçaria: candomblé e umbanda no Brasil do século XX. **Tempo Social - Rev. Sociol. USP**, São Paulo, v. 2 n.1, p. 49-74, 1990.
- REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE JR., Miguel. O escravo como não sujeito no direito brasileiro do século XIX. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck. **Código**: dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2013. p. 131-150.
- RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otavio. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **O Direito** 147.º I, p. 45-110, 2015.
- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1-24.
- SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. **Em defesa da moral e dos bons costumes**: censura de periódicos no regime militar. Dissertação (Mestrado em História Social) - Programa Pós Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.
- SETEMY, Adrianna Cristina Lopes. Os dois lados da moeda: a censura de imprensa entre a repressão e a legitimação. Associação Nacional de História – ANPUH. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, XXIV, 2007. São Leopoldo – RS. **Anais...** São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 1-7. Disponível em: <<http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adrianna%20Cristina%20Lopes%20Setemy.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo. **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217-235.
- 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**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-14.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 47-70.
- VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. **Bons costumes no Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.
- WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

**Recebido em:** 14/02/2017

**Aprovado em:** 30/03/2017