

Resenha à obra “Bons costumes no direito civil brasileiro”, de Thamis Dalsenter, Ed. Almedina

Eduardo Nunes de SOUZA*

Por trás de seus institutos multisseculares, consolidados pela força do tempo e do uso, a teoria geral do direito civil oculta enorme fragilidade, sujeita que está à evolução do pensamento social e jurídico. Com o passar dos anos, mudam as práticas e as preocupações sociais e, conseqüentemente, as demandas jurídicas, à medida em que novos e outrora impensáveis problemas se colocam para o intérprete. Contudo, um aspecto parece subjazer, intocado, a todas as discussões, antigas e recentes, em matéria de teoria geral do direito civil. De fato, enquanto existir o direito civil, ao que parece, seu objeto central continuará sendo o mesmo: o controle valorativo dos atos de autonomia privada e, mais especificamente, a eventual imposição de limites à produção de efeitos jurídicos por esses atos.¹ Sendo este o âmbito do Direito em que, por definição, a autonomia juridicamente tutelada é a regra (e sua restrição, a exceção – como se extrai da própria noção jusprivatística de princípio da legalidade, consagrada no art. 5º, II da Constituição Federal),² a todo tempo se impõe ao civilista a difícil tarefa de decidir se determinado ato respeitou os limites reconhecidos pelo ordenamento à autonomia privada e, assim, se poderá ser revestido de juridicidade e da conseqüente exigibilidade conferida pela ordem jurídica e garantida pelo aparato estatal. Nem mesmo o cenário contemporâneo, de acentuada funcionalização do direito privado ao princípio da solidariedade social, parece ter retirado esse protagonismo da autonomia privada.³

O desafio, portanto, em matéria de teoria geral do direito civil consiste em atualizar as categorias de que dispõe o intérprete para avaliar o merecimento de tutela dos atos de autonomia privada (em sua maioria derivadas da reelaboração das fontes romanas pela pandectística moderna e amplamente influenciadas pelas primeiras grandes codificações europeias). Em um cenário onde se discutem, cada vez mais, questões de autonomia existencial que, outrora, sequer se colocavam (seja porque, no passado, o pensamento social era muito menos diversificado do que hoje, seja porque, antes, muitos grupos sociais e suas demandas sequer eram ouvidos pelo Direito, seja, ainda, porque a evolução

* Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹ FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica. *Enciclopedia del diritto*. Volume XIV. Milano: Giuffrè, 1958, §5.

² SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, *passim*.

³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 341-342.

técnico-científica criou uma infinidade de novos problemas à espera de tratamento jurídico),⁴ cumpre, contemporaneamente, investigar como categorias tão distintas e tradicionais como a declaração de vontade, a prescrição extintiva, a invalidade negocial ou a incapacidade civil podem se prestar a assistir o julgador no momento de conferir tutela à autonomia individual, particularmente em matéria extrapatrimonial – setor em franca construção, ainda desprovido de um instrumental teórico hábil a conferir tecnicidade plena às discussões sobre ele travadas e, frise-se, altamente influenciado pelas oscilações dos costumes e de uma moral social muito pouco apreensível.

Se a dificuldade em se empreender referida atualização já é enorme em institutos jurídicos como os mencionados, imagine-se o tamanho do desafio no que diz respeito a uma figura com designação tão emblemática quanto os *bons costumes*. Índice valorativo a que alude nosso codificador em diversas ocasiões, o conceito de bons costumes tem sido amplamente ignorado pela doutrina contemporânea, descrente de sua aparente natureza antiquada – como se se autorizasse à doutrina ignorar tão categoricamente uma escolha legislativa tão clara, em vez de buscar soluções consentâneas ao ordenamento para sua aplicação. Foi a esta última empreitada que se dedicou Thamis Dalsenter em sua obra *Bons costumes no direito civil brasileiro*, fruto de sua tese de doutoramento em Direito Civil orientada pela Prof^a. Maria Celina Bodin de Moraes e defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ora trazida ao público na honrosa *Coleção Teses* da Editora Almedina. A autora, professora do Departamento de Direito da PUC-Rio e coordenadora de diversos projetos de pesquisa e cursos de pós-graduação em matéria de direito civil extrapatrimonial, não poderia ter sido mais bem-sucedida em seu projeto. A obra investiga as possíveis aplicações da cláusula geral dos bons costumes no direito civil contemporâneo, a partir de um prisma que coloca no centro da discussão a permanente tensão entre paternalismo estatal e autonomia privada. Para tanto, analisam-se os diversos tipos de paternalismo e sua relação com diversas categorias de situações jurídicas subjetivas em que se colocam problemas de autonomia existencial (situações de eficácia pessoal, interpessoal e social). Uma instigante reflexão sobre o papel do paternalismo em um projeto de livre desenvolvimento da personalidade humana pontua essa ponderação.

A obra enfrenta, em seguida, a delicada qualificação dos bons costumes como cláusula geral, ao mesmo tempo em que confronta o conceito com outros instrumentos que, classicamente, têm se prestado a um papel moralizador da autonomia privada, como a

⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

boa-fé, a função social e a ordem pública. Em estudo minucioso, a autora apresenta, então, o verdadeiro núcleo de sua tese, propondo qual seria o conteúdo e a função da cláusula geral de bons costumes em seu papel de imposição de limites à autonomia privada existencial. Nesse sentido, conclui a autora que “a cláusula geral de bons costumes projeta-se para o regramento futuro das relações sociais, operando de forma significativamente diversa dos costumes. Não se trata de consolidar a moral social, mas, e precisamente, de promover a moralidade constitucional. Isso equivale a dizer que a cláusula de bons costumes deve assumir o papel de elemento transformador, e não necessariamente de manutenção, *status quo*. Trata-se de elemento moralizador que não deve ser tomado como o oposto de maus costumes, mas sim, como uma diretriz que determina comportamentos positivos”.⁵

A questão, porém, ainda não está resolvida, pois é necessário apreciar de que modo o conceito e a função propostos podem ser aplicados de modo útil pelo julgador. Para esse fim, a obra aborda o problema do papel criativo do magistrado em um cenário de neoconstitucionalismo, com particular destaque para a difícil tarefa de interpretação e aplicação das cláusulas gerais à luz da metodologia civil-constitucional – marco teórico que permeia toda a elaboração da obra. Ultrapassada esta etapa, a autora retorna a uma das preocupações centrais do estudo (o uso legislativo do termo “bons costumes”) e se aproveita das próprias disposições normativas que fazem alusão ao conceito no Código Civil para propor inovadoras aplicações da cláusula geral, sempre em consonância com a axiologia do sistema. Com esse propósito, são analisadas hipóteses tão distintas quanto o abuso do direito, as modalidades do negócio jurídico, os deveres dos vizinhos no condomínio edilício e o controle valorativo do exercício do poder familiar. As hipóteses, porém, são meramente exemplificativas, pois, como alerta a autora, “nas demandas existenciais, não se pode ignorar a força das circunstâncias para a criação de novos dilemas jurídicos”, de modo que “muitos outros deveres podem surgir da aplicação da cláusula geral de bons costumes como limite ao exercício da autonomia existencial”.⁶

A obra *Bons costumes no direito civil brasileiro* representa um estudo verdadeiramente inédito na doutrina brasileira sobre os limites e possibilidades do conceito de bons costumes em uma perspectiva civil-constitucional, buscando superar o estigma de moralismo antiquado que muitos autores hoje conferem ao termo para dele extrair um promissor instrumento de promoção da unidade axiológica do ordenamento jurídico.

⁵ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 278.

⁶ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 279.

Muito mais do que isso, porém, a obra, como toda tese de excelência, perpassa diversas outras discussões da civilística contemporânea, que abrangem desde problemas hermenêuticos (como a aplicação das cláusulas gerais e o papel do intérprete) até questões de política legislativa (como a maior ou menor incidência do paternalismo estatal em matéria de autonomia privada). Tende, por isso, a tornar-se estudo de referência em matéria de autonomia privada existencial por muitos anos, bem como leitura obrigatória para todo estudioso que pretenda se lançar às muitas investigações que surgem diariamente neste setor. A autora constrói, em linguagem clara e objetiva, os subsídios essenciais para muitas outras teses que, apoiadas sobre a sistematização ali realizada, poderão transitar com maior segurança sobre o ainda frágil (mas, talvez, não menos frágil do que sua contraparte patrimonial) direito civil existencial.

Como citar: SOUZA, Eduardo Nunes de. Resenha à obra “Bons costumes no direito civil brasileiro”, de Thamis Dalsenter, Ed. Almedina. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/resenha-a-obra-bons-costumes/>>. Data de acesso.