

O QUE RESTA DOS BONS COSTUMES NO DIREITO DOS CONTRATOS?

“QUASE NADA OU QUASE TUDO?”*

Geneviève Pignarre**

“A moral é uma convenção privada; a decência é questão pública”

Marguerite Yourcenar

Mémoires d'Hadrien

Folho, 2002, p. 129-130

1 - Outros tempos, outros costumes?

Que estudante, ao preparar sua prova de francês ao final do curso secundário, não constata, com uma surpresa repleta de divertimento, o escândalo que valeu a Flaubert o aparecimento de “Madame Bovary”, bem como o processo decorrente de ofensa à moral pública que se lhe seguiu,¹ ou mesmo a condenação de Baudelaire por afronta aos bons costumes quando da publicação de suas “Flores do Mal”?²

De cunho penal,³ o conceito de bons costumes, quase tão antigo quanto o mundo (civilizado), sempre será protagonista de muitas reviravoltas; mesmo se o conteúdo das incriminações, como ocorre, tiver evoluído no curso do tempo, a repressão aos bons costumes só pode oscilar, *grossa modo*, entre condenação e absolvição. Nesse âmbito, as coisas são mais complexas que em vista do seu homólogo civil; a própria expressão dos bons costumes, por si só, parece ser, hoje em dia, em muitos aspectos, “conotativa”, principalmente quando se refere aos atentados à moral sexual; ela não é mais isenta de polêmicas. Se alguns lhe atribuem o charme discreto das noções que caíram, de certa forma, em desuso, outros, de perfil mais

* Texto originalmente publicado na França. Tradução livre e autorizada por Marcelo Boff Lorenzen (bolsista CAPES-Unibrasil, Giessen-UFRGS), Pablo Marcelo Baquero e Denise Dias de Castro Bins. Revisão e harmonização de Marcelo Boff Lorenzen e Simone Regina Backes (Mestranda em Direito pela *Université de Lausanne/ Université de Savoie*), todos integrantes do grupo de pesquisa CNPq “Mercostul e Direito do Consumidor”, sob a coordenação da Prof.ª Dr.ª Cláudia Lima Marques.

** Professora da *Université de Savoie*

1 J. D’ormesson: *Une autre histoire de la littérature française*, t. I, Seuil, Nil éditions, p. 219: o autor anota que “o procurador Pinard, o mesmo que alguns meses mais tarde procederia com sucesso contra Baudelaire, pronunciou uma acusação (*réquisitoire*) que se tornou célebre. Flaubert foi absolvido, mas as considerações do julgamento advertiram-no por não ter se dado suficientemente conta de que há limites que mesmo a literatura mais ligeira não deve transpor”.

2 Além da multa de 300 francos que lhe foi infligida (o que não deve tê-lo posto em boa situação se se atentar para os problemas financeiros recorrentes que o afligiam), o Tribunal Correicional do Sena ordenou, em 20 de agosto de 1857, a supressão de seis poemas contidos na conhecida coletânea. Quase um século mais tarde, em 31 de maio de 1949, a Câmara Criminal da Corte de Cassação voltou a se pronunciar sobre essa condenação nestes termos: “se determinados quadros, por meio de sua originalidade, tiveram o condão de alvoroçar alguns espíritos à época da publicação das Flores do Mal, e constituem, na visão dos Juízes, ofensa aos bons costumes, uma denúncia como essa – apenas aludindo à interpretação realista desses poemas e negligenciando seu sentido simbólico – parece ter caráter reveladamente arbitrário; ela não foi ratificada nem pela opinião pública, nem pelo julgamento dos letrados”. Citado por B. Lavaud-Legendre: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Prefácio de A. Garapon, Le Monde, PUF, 2004, p. 2.

3 Vide a tese de P. Lapeyre: *Essai juridique et historique sur l’outrage aux bonnes mœurs*, Lille, 1931.

acusatório, põem-na sob exame, suspeitando de que veicule, ainda hoje, certos tabus “judeu-cristãos” (ou seja, um elenco de deveres), por intermédio dos quais surgiria o espectro de uma “ordem moral” incompatível com os ideais de uma sociedade democrática e laica. Nada refuta o fato de que os bons costumes, intrinsecamente “versáteis”,⁴ não correspondem mais ao objeto de um consenso e, em razão de serem mais difíceis de compreender, não se encontra em direito civil a muralha de defesa constituída pelo princípio da legalidade dos delitos e das penas no direito penal. No entanto, deve-se observar que uma sociedade não pode tudo permitir, assim como não pode tudo a si mesma permitir. É, portanto, no interior desse compromisso, com a inelutável sombra trazida por esse duplo imperativo de salvaguarda, que se situa, segundo a nossa opinião, o debate originado em resposta à proposta estimulante, mas difícil, de Denis Mazeaud.

2 - Artigo 6 do Código Civil: texto e contexto

No direito dos contratos, os bons costumes aparecem expressos no Artigo 6 do Código Civil, segundo o qual “não se podem derrogar por convenção particular as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes”.

Texto que “se encontra não apenas materialmente, mas também juridicamente no próprio frontispício do Código Civil”,⁵ o Artigo 6 abriga a ideologia a ele inerente.⁶ Prova disso é a sua localização, não sem significado, no cerne do *Título Preliminar*⁷ que fixa os contornos de obediência à lei, esta como ato de autoridade e como modelo;⁸ ao cumprir esta função, esse texto proclama a distinção entre leis imperativas ou proibitivas e leis simplesmente permissivas ou dispositivas, mesmo se se admite comumente que, a despeito do seu teor, é vedado derrogar os bons costumes ainda que eles não fossem previstos por nenhuma outra disposição.⁹

Texto “fundamental”, mas também “dúbio”,¹⁰ o Artigo 6 encerra, igualmente, um estranho paradoxo, amparado no fato de que se apresenta, ao mesmo tempo, como uma

⁴ A expressão é de D. Fenouillet, in *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!* in *Le droit français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, pp. 487 e s.

⁵ J. Bonnet: *La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes de droit civil en l'honneur de H. Capitant*, Paris, 1930, p. 95.

⁶ Vide, a esse respeito, a importante contribuição de E. Géraud-Llorca: *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1993 (org. J. Chevallier), pp. 61 e s.

⁷ O título preliminar foi finalmente substituído por aquilo que devia ser um livro preliminar ambicioso a tratar do “direito e das leis em geral”, devido a Portalis (vide *Naissance du Code civil, textes rassemblés par F. Ewald et al.*, 1989, pp. 92 e ss.), que o quis superior ao Livro das Leis de Domat (E. Leduc, *Portalis*, 1990, p. 196). Acerca da gênese e da concepção do título preliminar, bem como das idéias expressas por Portalis quando da sua redação, vide *Le Titre Préliminaire du Code civil* (org. G. Fauré e G. Koubi), Economica, 2003, e, mais especificamente, Ch. Hannoun: *Archaïsme et post-modernité du Code civil*, pp. 5 e s.

⁸ Ch. Hannoun: *Archaïsme et post-modernité, op. cit.*, pp. 10-11, 15-16.

⁹ O Artigo 6 refere, certamente, leis que interessam aos bons costumes; mas o interesse e o objetivo dessa noção consistem em “permitir, mesmo para além do âmbito legal, uma moralização das relações sociais, mesmo na ausência de textos repressivos e no silêncio dos poderes públicos”. (Nesse sentido, vide J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, Repertório de Dir. Civil Dalloz, março de 2004, n.º 171, p. 29.

¹⁰ M. Pena: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, RRJ, 1992, p. 499: “Fundamental porque o texto adentra em toda a regulamentação do ato jurídico tomado em suas múltiplas variedades, dúbio porque ele pode ser a chave de interpretações antagônicas do Código Civil”

manifestação e um limite à liberdade contratual. É que os bons costumes, ao constituírem a face oculta das relações entre o direito e o Estado (liberal ou totalitário), deixam transparecer uma concepção das relações do sujeito em vista do poder e delimitam mais concretamente a questão acerca dos limites da intervenção das instâncias públicas nas condutas privadas.¹¹ Essa constatação explica o lugar que foi (ou continua?) reservado aos bons costumes na ordem de comportamentos contratuais.

Na ausência de definição precisa, uma vez que o Código Civil permaneceu assaz lacônico sobre a noção de bons costumes, muito cedo se discutiu sobre o alcance que convinha lhes atribuir. Se o primeiro grupo de comentaristas, puros exegetas, considerou perigoso definir uma fórmula geral e conferiu-lhes apenas um alcance limitado,¹² uma vez que os bons costumes existiam “apenas se estivessem determinados e protegidos pela lei positiva”,¹³ os autores clássicos que se seguiram, sensíveis às idéias da escola sociológica, adotaram uma concepção mais abrangente acerca do conceito.¹⁴

A imagem de um riacho de montanha a que se fez alusão para representá-los, “túmido em certos momentos, desaparecendo ao longo do curso, seguindo um caminho subterrâneo e reaparecendo em seguida, mais còpioso, mais pujante e impetuoso do que nunca”,¹⁵ fornece uma representação bastante adequada de sua força evocatória, necessariamente flutuante. É que os bons costumes, contextualizados no espaço e no tempo, podem, como constatamos, avizinhar-se do nada ou do tudo, em consonância com as sociedades e as épocas.

Prova disso é a evolução do direito positivo posterior ao Código Civil, que demonstra uma “decadência interna da noção, notadamente sob seu aspecto sexual”. Essa “incapacidade,

¹¹ Sobre a consideração segundo a qual o Código Civil constitui uma figura de proa do liberalismo, vide D. Lochack: *Droit, normalité et normalisation*, in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983 (org. J. Chevallier), p. 56.

¹² J. Bonnet, *op. cit.*, p. 96. O autor, a partir de Capitant, considera que “o Artigo 6 [...] não tem, de modo algum, o condão de eivar de nulidade as convenções que, sem violar nenhuma prescrição determinada, são, no entanto, imorais ou contrárias à ordem pública. Essas convenções ficam fora do seu domínio; elas só cedem sob o golpe dos Artigos 1131 e 1133”. Vide, mais especificamente, Capitant (*De la cause des obligations*, 1923, 3ª ed., 1927, n.º 112, p. 232), estimando que os Artigos 1131 e 1133 são “dois Artigos fundamentais, verdadeiros guardiães do interesse geral e da moralidade pública”; o Artigo 6 tinha um alcance muito menor que os dois outros.

¹³ É nessa linha que Huc, ao prestar homenagem a todo o poder da lei (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, 1892, n.º 194, p. 18), havia resumido a sua concepção ao estabelecer uma “lista” sob a forma de cinco proposições. Foram considerados como contrários aos bons costumes: o concubinato e todas as convenções a ele respeitantes; os textos legais referindo-se à repressão dos atos representativos de atentado à decência pública; o emprego inadequado da própria fortuna; as idéias e princípios que triunfaram em 1789 e que formam a base da sociedade moderna; a sanção emanada da infração à boa-fé. Acerca do conteúdo e da apreciação de tal abordagem, vide L. Tchavdaroff: *De la notion de bonnes mœurs, Essai théorique sur la recherche d'un critérium*, Tese, Toulouse, 1927, pp. 11 e s.

¹⁴ Os bons costumes são a moral vista sob a luz dos fatos sociais. Nesse sentido, Laurent (*Cours élémentaire de droit civil*, t. I, n.º 18, p. 139), considera que “a moral é progressiva” e que, em cada época da vida da humanidade, há uma doutrina sobre a moral – uma moral pública – que o juiz deve consultar, pois se trata de julgar a conformidade de um ato em relação aos bons costumes. Demogue, mais ousado (*Sources des obligations*, 1ª ed., t. II, n.º 773 bis, p. 598) estima, por sua vez, que “os bons costumes não se determinam a partir de uma ideal religioso ou filosófico, mas a partir dos fatos e da opinião comum”. Vide, em complementação, L. Tchavdaroff: *De la notion de bonnes mœurs, op. cit.*, p. 35 e s. Vide, comparativamente, também J. Carbonnier: *Droit civil, Les Obligations*, t. IV, PUF, 2000, n.º 68, para quem “os bons costumes evocam, ao mesmo tempo, a moral e o costume, sem se identificar com nenhum deles”.

¹⁵ Z. Oprea: *Essai sur les bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Tese, Paris, 1935, p. 327.

¹⁶ J. Hauser: *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, (org. P. Rémy-Corlay e D. Fenouillet), Dalloz, 2003, Coleção *Thèmes et commentaires*, p. 106.

falha de uma ambição comum e coletiva, de definir o que é vedado¹⁶ teria contribuído para o desaparecimento dos bons costumes? De qualquer modo, no entanto, a sua oração fúnebre foi solenemente pronunciada¹⁷ e, juntamente com ela, os projetos de codificação europeia¹⁸ não lhes fazem nenhuma referência.

Seremos tentados a responder à questão “o que resta dos bons costumes no direito dos contratos?” da seguinte forma: nada ou quase nada, (I) ao contemplar o movimento conjuntural e a tirânica “evolução dos costumes”; salvo se nos negarmos a apreender um traço talvez superficial de uma noção sem cunhos atuais e tentarmos superar um dilema, no primeiro contato, de modo aporético; estaremos também atentos a outros aspectos: às vozes do passado que, por vezes, a ele remontam e vêm conferir aos bons costumes um futuro em que estes terão tudo ou quase tudo a ganhar (II).

I - O que resta da noção de bons costumes no direito dos contratos? Nada ou quase nada?

3 - As razões do declínio: do dogma herdado do Código Civil ao relativismo atual do Artigo 6

No sistema do Código Civil, os bons costumes previstos no Artigo 6 apóiam-se sobre duas bases: primeiramente, é a profissão de fé jusnaturalista de Portalis¹⁹ que funda o recurso a uma ética social. A partir desse significativo ponto de partida, Ambroise Colin e Henri Capitant afirmarão, de modo bastante direto: “a expressão não pode provocar nenhuma incerteza [...] os bons costumes são a moral”.²⁰ De forma reveladora, alguns julgados utilizam, sem diferenciação, um ou outro termo;²¹ os costumes *bons* (o qualificativo não é neutro) são aqueles conformes à moral, e esta é identificada explicitamente como a moral cristã.²² Compreende-se, assim, por que os bons costumes, sob seu aspecto proibitório acerca das relações sexuais e familiares, sofreram uma retração considerável²³ em seu campo de aplicação,

¹⁷ D. Fenouillet: *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, *op. cit.*

¹⁸ Assim, a questão da imoralidade é expressamente excluída do Capítulo 4, relativo à validade do contrato.

¹⁹ *Discours préliminaire du Code civil, in Recueil des travaux préparatoires par P.A. Feneç*, t. I, p. 509. Vide, em complementação, as palavras do tribuno Ludot quando da sessão de 18 frimário, ano X, Arquivos Parlamentares, 2ª série, t. III, p.70: “as leis essencialmente conservadoras dos costumes não podem consagrar a imoralidade”.

²⁰ A. Colin e H. Capitant, *Cours de droit civil*, 1923, t. I, pp. 62-63.

²¹ Vide, por exemplo, acórdão de 10 de julho de 1845, DP 1845, 1, p. 386; acórdãos da Câmara Cível da Corte de Cassação de 3 de janeiro de 1879, DP 1879, 1, p. 77; 18 de novembro de 1913, DP 1917, 1, p. 161.

²² Ou seja, a moral oficial. Nesse sentido, vide E. Géraud Llorca: *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1993 (org. J. Chevallier), p. 70. Vide também as referências citadas. Acrescentemos que na linguagem jurídica as noções utilizadas remetem, sem dúvida possível, às práticas sexuais. Isso vale para a pornografia, que intervém para classificar os filmes “X”, ou mesmo para a taxação do serviço telefónico erótico (*minitel rose*). Nesse sentido, vide D. Lochack: *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 40.

²³ Esta última explica aquele? O novo Código Penal, de 1994, suprime a referência aos costumes; assim, ele refere agressões sexuais e, além disso, atentados aos costumes; nada acerca do ultraje público ao pudor, o proxenetismo é reprimido a título de atentado à dignidade da pessoa; os atentados sexuais cometidos contra menores são-no a título de periclitación de menores. Quanto à infração de ultraje aos bons costumes, ela simplesmente desapareceu. Vide, a respeito, D. Lochack: *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs (puissance et impuissance de la norme juridique)*, in *Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 19, bem como a nota de rodapé precedente. Notaremos, além disso, que, a partir da lei de 25 de julho de 1985, o mesmo Código Penal sanciona a discriminação com base nos costumes.

e este, analogamente, contribuiu com a causa imoral que a jurisprudência havia elaborado²⁴ por meio da aplicação mais ampla do Artigo 1333. A perda dessa base causal, repleta de conseqüências, produziu um efeito desqualificador sobre a noção. Frente à ineficácia da norma jurídica que continha a inexorável liberalização dos costumes,²⁵ que ela se contentou em constatar, não há mais *bons* costumes nas nossas sociedades contemporâneas, há apenas costumes, assimilados pelo direito em consonância com a sua medida antropológica (A).²⁶

Outra base de não menor importância é o parentesco dos *bons* costumes com a ordem pública. Gramaticalmente vinculadas ao Artigo 6, as duas noções estão, atualmente, indefinidamente ligadas.²⁷ De fato, como conseqüência da dupla vedação que anuncia, o Artigo 6 tem fortes correlatos legais,²⁸ como os Artigos 1131 e 1133,²⁹ por um lado, e o Artigo 1128, por outro lado, através de cuja aplicação são sancionados, respectivamente, os comportamentos contratuais imorais e/ou ilícitos. A distinção entre esses dois textos, no entanto, está longe de ser clara; os tribunais entrecruzam, ao seu bel-prazer, os “diferentes parâmetros” e utilizam freqüentemente, de modo indiferenciado, um e/ou outro;³⁰ isso explica por que a sanção das convenções contrárias aos *bons* costumes pode ser empreendida tanto em referência à imoralidade quanto à ilicitude e, além disso, tanto no terreno da causa³¹ quanto naquele relativo ao objeto.³² Desse modo, diluídos no cerne de uma ordem pública tentacular, os *bons* costumes tornam-se um de seus múltiplos componentes; e sob a influência dessa atratividade, simplesmente desaparecem (B).

²⁴ Ripert, citando Capitant (*De la cause des obligations*, *op. cit.* N.º 66, p. 131), constata que, agindo assim, a jurisprudência apenas retomou e completou a obra dos canonistas que já havia caracterizado, no direito, “um progresso do espírito de moralidade”. (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 4ª ed, n.º 36, p. 69). De modo mais geral, vide a tese de R. Dorat des Monts: *La cause immorale (Étude de jurisprudence)*, 1956.

²⁵ Mesmo se, desde os primeiros séculos do Cristianismo, as Epístolas de Paulo mostram a que ponto, “ao lado dos adeptos, tidos por atletas espirituais, virtuosos da continência, capazes de afrontar tranqüila e simplesmente a tentação da carne, a violência e a tortura [...], perdura nas comunidades cristãs um pluralismo de atitudes: acerca do tema da sexualidade, do casamento e da procriação”. J.C. Guillebault: *La tyrannie du plaisir*, Seuil, coleção Points, pp. 221-222.

²⁶ A distinção entre direito e costume já foi empreendida por Montesquieu no Espírito das Leis, cap. XVIII, 13. Sobre as relações entre direito e costume, veja, especialmente, a *Revue Droits*, 1994: *Droit et mœurs*, n.º 19; vide, especificamente, a abertura de D. Alland: *Les mœurs sont-elles solubles dans le droit?*, pp. 3 e s.; J. Commaille: *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illicémité réciproque*, pp. 63 e s.; A.G. Slama: *Le nouvel ordre juridique « moral »*, pp. 37 e s.; *Sociologie des mœurs*, L'année sociologique, 1993, e, especialmente, o estudo de I. Théry: *Le droit et les mœurs, un enjeu politique, la refonte du Code civil et le paradoxe de la situation française*, pp. 85 e s.; R. Boudon: *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, pp. 11 e s.; Y. Lequette: *Le droit est la semence des mœurs*, in *1804-2004, Le discours et le Code*, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004, pp. 391 e s.; D. Lochack: *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, *op. cit.*, pp. 15 e s.

²⁷ Vide, por exemplo, J. Carbonnier, *Droit civil, Obligations*, *op. cit.*, n.º 55; J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, *op. cit.*, n.º 170, p. 29 e as referências citadas.

²⁸ Independentemente dos outros textos do Código Civil que referem os *bons* costumes, tais como os Artigos 900, 1172 e 1387. Vide, em complementação, o Artigo 3 da Lei de 1º de julho de 1901, relativa à liberdade de associação.

²⁹ Juntamente com as convenções que são imorais porque sua causa é imoral (Artigos 1131 e 1133), o Código Civil distingue as convenções afetadas por uma condição imoral e opera, neste caso, uma nova distinção, não aplicando o mesmo regime aos atos a título gratuito (Artigo 900) e aos atos a título oneroso (Artigo 1172).

³⁰ É, por exemplo, o caso de cessões de clientela civil que, antes de ser admitidas na jurisprudência, foram passíveis de sanção com fundamento na causa e, posteriormente, com base no objeto ilícito. Pode-se, ademais, pensar na condenação solene, pela assembléia plenária da Corte de Cassação, das convenções relativas à gestão por substituição.

³¹ Vide, por exemplo, as convenções relativas às casas de jogo não-autorizadas; vide também a jurisprudência em matéria de agenciamento matrimonial que, em razão da inexistência de um texto expresso, declarou, por muito tempo, nulo esse contrato, como se desse azo a uma indústria ilícita amparada no casamento. Vide nota de rodapé n.º 37 *infra*.

³² A exemplo dos contratos firmados entre um herdeiro e um genealogista.

A - Não há mais bons costumes, há apenas costumes

4 - Variações sobre um qualificativo

Hannah Arendt, na *Condição do homem moderno*, demonstrou, com perspicácia, de que modo foi constituído um domínio público distinto do domínio privado e, logo em seguida, anunciou o completo desaparecimento de sua diferença, ambos tendo sido reabsorvidos na esfera social.³³ Estranha atualidade dessa meditação filosófica, com a qual sociólogos e antropólogos do direito contribuirão por meio de preciosos esforços;³⁴ ela fornece alguns elementos para abordar a passagem dos *bons costumes* aos costumes, tendo como paradigma o retorno de um princípio clássico do pensamento liberal: o princípio de não-ingerência do Estado no universo privado dos indivíduos, necessariamente tributário das relações entre a esfera privada e pública.³⁵ Esse estado de coisas repercute na esfera do direito: constatado em grande escala, o fato jurídico torna-se um fato social em meio a outros, ele se banaliza. Essa banalização impõe ao direito uma neutralidade da qual se torna prisioneiro; o direito não resolve, ele regula, com preceitos, o âmbito de flexibilidade. Essa recomposição dos limites normativos transforma os critérios da juridicidade: o *dever ser*, sob a influência, em tal medida, do social, esgota-se no que *é*, o qual, em revanche, “dita a sua lei”; assim, “a passagem para uma juridicidade flexível, adaptável, negociável, brandamente sancionada, grandemente instrumentalizada [...], não mais permite que sempre se trace uma fronteira clara entre o lícito e o vedado”,³⁶ primeiras ilações: os *bons* ou *maus costumes* é que se diluem no seio dos costumes. A exigência de conformidade dos primeiros cede, os segundos não são mais sancionados; a indiferença do direito em relação à delimitação do domínio legítimo (prescrito pelo Artigo 6) e do domínio repreensível (proscrito pelo Artigo 6) acentua, em contraponto, seu caráter antropológico, tornando mais impreciso o campo atribuído aos bons costumes.

5 - As partes escondidas do domínio das convenções contrárias aos bons costumes

Tão logo nos entregamos ao exame das convenções imorais em observância aos termos traçados por Ripert em sua “Regra Moral”,³⁷ somos surpreendidos pela evidência

³³ Seria necessário, neste momento, reler os ricos desenvolvimentos que Hannah Arendt consagra em sua obra *The Human Condition, Condition de l'homme moderne*, trad. do inglês de G. Fradier, prefácio de P. Ricoeur, Calmann-Lévy, 1961 e 1983, coleção *Agora*, sobretudo as pp. 110 e s.

³⁴ Acerca dessa ascensão do social, vide J. Commaille: *La sociologie et les sens du droit, Droits*, 1989, n.º 10, pp. 23 e s.; *Code civil et nouveaux codes sociaux*, *Le Code civil 1804-2004, Livre du Biventenaire*, Dalloz-Litec, 2004, pp. 59 e s., sobretudo pp. 66 e s.; F. de Singly: *Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique*, in *Le privé et le public*, APD, t. 41, Sirey, 1997, pp. 53 e s.; *La famille: transformations récentes (dir.), problèmes politiques et sociaux, dossiers d'actualité mondiale, la Documentation française*, 1992, n.º 685.

³⁵ Sobre a ampliação da esfera do privado e sobre a ideia segundo a qual aquilo que concerne à conduta dos indivíduos na sua vida privada não diz respeito nem aos poderes públicos, nem ao Estado, vide D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes, op. cit.*, pp. 491 e s.; B. Beignier: *Vie privée et vie publique*, in *Le privé et le public*, APD, t. 41, Sirey, 1997, pp. 164 e s., sobretudo p. 172; de modo geral, vide o conjunto do volume a esse respeito.

³⁶ B. Oppetit: *Les incertaines frontières de l'illicite*, in *Droit et modernité*, PUF, *Doctrine juridique*, 1998, p. 21.

³⁷ Vide, por exemplo, o estudo bastante detalhado que Ripert consagra ao domínio dos bons costumes e à diversidade do campo de aplicação dessa noção. Assim, ele examina as convenções imorais, a título de que ele elenca as “túrbidas negociações nas quais os contratantes especulam sobre os vícios da humanidade” (*La règle morale, op. cit.*, n.º 25, p. 49; vide, de modo mais geral, o n.º

fornecida pelo distanciamento da história. Esta, confrontada com o direito positivo contemporâneo, deixa transparecer uma regressão constante dos bons costumes, assimilados por meio do prisma da moral tradicionalmente englobada pelo direito; e esse aspecto oculto não é nada mais que o ponto visível do *iceberg*; ele não deve mascarar o que se trama em profundidade e que é obra tanto de uma visão legislativa quanto daquela de um voluntarismo jurisprudencial;³⁸ gostaríamos de fornecer algumas ilustrações emprestadas das relações familiares de modo que as convenções a elas subjacentes ofereçam uma ilustração tópica do retraimento da proibição prevista no Artigo 6.

6 - O “dado” perdido em virtude da lei

A família, berço privilegiado e “santuário dos costumes”, constitui um bom terreno para experimentações. Os costumes, da maneira segundo a qual os entendia Portalis, foram, durante muito tempo, indissociáveis dos *bons* costumes em razão da sua aliança selada com a moral herdada do cristianismo, que representava referência universal. Essa monovalência não existe mais. O surgimento de uma pluralidade de modelos familiares, fonte de relativismo, causou o estilçamento do esquema unitário que os codificadores haviam subscrito, o que colocou sob questão a própria idéia de modelo em matéria familiar.³⁹ Observa-se “uma coincidência marcante entre o advento da sociedade e o declínio da família, o que indica claramente que, de fato, a célula familiar foi reabsorvida pelos agrupamentos sociais correspondentes,⁴⁰ cujo exemplo claro são as situações de quase conjugalidade definidas ou

24 e s., pp. 42 e s. e as referências citadas), o que lhe permite, de fato, incluir em seu exame as convenções relativas à vida, ao respeito à pessoa, aquelas que levam a um enriquecimento injusto, como o jogo, o contrato dito “bola de neve”, que enriquece um especulador por meio da confiança ingênua do público, a criação de efeitos de complacência por meio dos quais um comerciante cunha moeda falsa (n.º 26, p. 51), o juiz não hesitando em perseguir “o aviltamento das ações humanas pelo dinheiro” para anular as convenções celebradas entre pessoas que buscam extrair um benefício das relações que a vida social ou o exercício de suas funções oportuniza, o que não deveria depender do ganho que elas aí pudessem encontrar, bem como os contratos entre advogado e cliente, entre médicos, etc. (n.º 27, p. 52). Às vezes, é mesmo a um afinamento do ideal moral que se assiste, quando se trata de “perseguir o aperfeiçoamento do indivíduo ao impor-lhe o desinteresse”, tal como a promessa de não cometer um delito ou de calar sobre um escândalo que foram sempre considerados nulos (n.º 29, p. 57). Acerca das potencialidades dessa noção para fazer respeitar a lealdade na vida negocial, vide *infra*, n.º 13 e s.

³⁸ Inserida em uma longa lista que está longe de ser fechada, podemos identificar, *grasso modo*, a evolução observada em matéria de seguro de vida (esse tipo de contrato constitui uma espécie de liberalidade indireta) quando, após ter considerado que a designação de certas pessoas em qualidade de beneficiários estava eivada de nulidade por causa da imoralidade, em particular porque o subscritor, ao designar sua amante, teve por objeto manter, retomar ou retribuir relações consideradas ilícitas ou imorais porque adúlteras, a 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação (acórdão de 13 de dezembro de 1989, RCA, 1990, com., n.º 91, RGAT, 1990, p. 180) reconheceu ser válida e, portanto, não-eivada de nulidade em razão de imoralidade a designação de uma concubina como beneficiária, com quem o segurado, apesar de casado, vivia há onze anos em razão da estabilidade dessa relação e, assim, que o segurado tinha pretendido garantir recursos à sua companhia e a seus filhos. (Vide, em complementação, a decisão mais recente da 2ª Câmara de Paris, de 31 de janeiro de 2002, jurisdata n.º 2002-167936). Pode-se, ainda, invocar o exemplo do agenciamento matrimonial; por muito tempo, os tribunais reafirmaram sua imoralidade (primeiro acórdão foi da Câmara Cível da Corte de Cassação de 1º de maio de 1855, DP 1855, 1, 147); hoje ele é admitido por lei, ainda que ela fixe minuciosamente as condições e mesmo que a jurisprudência não tenha completamente abandonado a sua severidade a respeito da matéria (vide, também, Paris, 1º de dezembro de 1999, D. 2000, sum., p. 415, com. de J.J. Lemouland, que admite a nulidade do mandato outorgado a uma agência por uma mulher casada); é uma evolução paralela e uniforme que caracteriza as liberalidades conferidas aos filhos adúlteros cuja filiação não fora legalmente determinada; a Corte de Cassação eivava-as de nulidade com o fundamento da causa imoral; a jurisprudência nesse sentido caducou, depois que a Lei de 3 de dezembro de 2001 visou a realizar uma assimilação completa do filho adúlterino como filho legítimo e ab-rogou, ao mesmo tempo, os Artigos 908 e 908-1 do Código Civil; o mesmo vale para os contratos entre esposos, cuja legalidade foi admitida em 1985.

³⁹ Y. Lequette: *Le droit est la semence des mœurs*, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁰ Hannah Arendt: *La condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 78.

organizadas pela lei e o correspondente enfraquecimento dos deveres e obrigações inerentes ao casamento. Tomemos em consideração a evolução da condenação do adultério. Descriminalizado há 30 anos, o adultério “coadunou-se com os costumes”⁴¹ e hoje constitui apenas objeto de uma reprovação social bastante branda em vez de representar censura àquele ou àquela que o comete. A obrigação de fidelidade, por sua vez, concebida inicialmente como uma obrigação de ordem pública, tornou-se não apenas menos incisiva em razão de seu caráter “supletivo de vontade”, mas também menos sancionada em caso de descumprimento.⁴² A “fornicação fora do casamento”,⁴³ assim, não é mais reprimida como o fora outrora. Esse divórcio entre o direito e a moral (sexual) culmina, de modo verossímil, com a evolução jurisprudencial relativa às liberalidades testamentárias e doações entre concubinos.

7 - A obra “desconstruída” pela jurisprudência: de uma decisão particular a uma reflexão conjunta?

Anunciada por um julgado de 3 de fevereiro de 1999,⁴⁴ a decisão da Assembléia Plenária de 29 de outubro de 2004⁴⁵ marca o término de uma longa e constante evolução jurisprudencial,⁴⁶ por meio de cuja aplicação a Corte de Cassação, progressivamente, mas com

⁴¹ O relatório do Conselheiro Relator Bizot, anexoado à decisão da assembléia plenária de 29 de outubro de 2004 é bastante eloquente a esse respeito. Ele expõe que, obedecendo ao estado dos costumes, a Corte de Cassação teria entrado em um “processo radical de normalização do adultério [...], o qual se tomou quase que uma componente possível, se não admitida e tolerada pela história de um par casado”; que a relação matrimonial reveste-se de um caráter mais “volútil”, o que é consagrado pela nova legislação acerca do casamento e sobre o pacto civil de solidariedade, os deveres nascidos do casamento tendo-se banalizado a ponto de “terem-se tomado um assunto quase exclusivo dos cônjuges”.

⁴² L. Antonini-Cochin: *Le paradoxe de la fidélité*, D 2005, p. 23. O autor invoca, como fundamento de sua demonstração, os pactos de liberdade em virtude dos quais os esposos são mutuamente dispensados do dever de fidelidade e demonstra que a jurisprudência reconhece-lhes um certo efeito, pois considera que, no período durante o qual o pacto foi executado, não é vedado aos Juízes apreciá-lo para evitar, conforme o caso, todo caráter injurioso do adultério. Vide, em complementação, A. Mignon-Colombet, *Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux?*, LPA, 2005, n.º 21, p. 6.

⁴³ A expressão utilizada pelos tribunais retoma, inevitavelmente, os preceitos da moral cristã e, em particular, o sexto mandamento do Decálogo, segundo o qual: “Somente em matrimônio desejarás a conjunção carnal”. (Ou seja, “Não cometerás adultério”; para o Antigo Testamento, vide Êxodo, 20, 14; Deuterônimo, 5, 17; para o Novo Testamento, vide o Evangelho de Mateus, 5, 27-28).

⁴⁴ Acórdão da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 3 de fevereiro de 1999, *Bull. Code Civil*, I, n.º 43; D. 1999, p. 267, Relator X. Savatier, nota de J.P. Langlade-O’Sughrue, *Dir. Fam.* 1999, n.º 54, nota de B. Beignier, *JCP*, 1999, II, 10083, nota de M. Billiau et G. Loiseau; D. 1999; I, 143, comentário de F. Labarthe; I, 152, comentário de L. Leveneur e resposta de Ch. Larroumet, D. 1999, *ron.*, p. 351; *Gazette du Palais*, 2000, I, p. 70, nota de S. Piedelièvre e p. 646, nota de F. Chabas, *Rep. Defren.*, 1999, p. 738, nota de D. Mazeaud; *RTDciv.*, 1999, pp. 364 e 817, comentário de J. Hauser, p. 892, comentário de J. Patarin.

⁴⁵ Vide, já nesse caso e no mesmo sentido, o acórdão da Primeira Câmara Cível de 25 de janeiro de 2000 e, posteriormente, aquele da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 25 de janeiro de 2005, *Bull. Civ.*, I, n.º 35, considerando que basta que a liberalidade tenha sido consentida à ocasião da relação adúltera.

⁴⁶ Já tão cedo foram consideradas imorais e contrárias aos bons costumes as liberalidades consentidas entre concubinos cujo motivo “impulsivo e determinante” tenha sido a formação, o prosseguimento ou a retomada de relações ilegítimas, remunerando, de qualquer forma “*pretium stupri*” (fórmula retomada por numerosas decisões ao longo dos anos 1990), a jurisdição superior seguindo essa mesma lógica, sempre validou as liberalidades entre concubinos, mesmo adúlteros, ao passo que elas tendiam, inversamente, a reparar o prejuízo causado pela ruptura da relação e a executar um dever de consciência em face de um concubino que ficou sozinho e sem recursos (Câmara Cível da Corte de Cassação, acórdão de 11 de março de 1918, *DP*, 1918, p. 100) ou a recompensar o beneficiário pelos cuidados, com caráter de prodigalidade, dispensados ao enfermo que dispõe de seu patrimônio (1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 14 de novembro de 1961, D. 1962, sum. p. 69; *RTDciv.* 1962, p. 313). Para um panorama exaustivo acerca da situação do direito positivo, vide o relatório do Conselheiro Relator Bizot, a propósito da decisão tomada na Assembléia Plenária em 29 de outubro de 2004, integralmente publicado no *site* da Corte de Cassação.

segurança e firmeza, inicialmente flexibilizou e, posteriormente, validou as liberalidades entre concubinos adúlteros. Colocando termo à “rebelião das duas Cortes de Apelação”, a Corte Reguladora decide que “não é contrária aos bons costumes a causa da liberalidade na qual o autor reconhece manter a relação adúltera que ele sustenta com o beneficiário”, validando, assim, sem restrição, as liberalidades entre concubinos adúlteros. Essa jurisprudência, que foi objeto dos comentários mais autorizados,⁴⁷ não esgota, evidentemente, o litígio relativo aos bons costumes; seu peso simbólico suscita, no entanto, atenção, tendo em conta o potencial de escândalo e as circunstâncias caricatas da espécie que, *a priori*, não se prestava à adoção da solução tomada.⁴⁸ Revolução de 360 graus? Recordamos a proposta de René Savatier, que comentou, à sua época, a jurisprudência relativa às liberalidades entre concubinos: ele considerava que “o adultério cometido bastava para viciar a liberalidade”. Encontramos aí, antes, uma demonstração por meio do absurdo: eis a “ocasião com que sonhava”⁴⁹ a alta jurisdição, reunida em sua formação mais solene, para mostrar que a direção dos costumes no direito é, doravante, revolucionada,⁵⁰ e que ela se resguarda de romper com essas convenções com fundamento na imoralidade.

Não cabe mais ao legislador, portanto, “encontrar os costumes através das leis”, da mesma forma que não cabe mais aos tribunais garantir que a regra moral seja devidamente observada...⁵¹ Os bons costumes, cujos contornos diluíram-se nos confins da noção, transformaram-se simplesmente em costumes; eles coabitam com o direito⁵² e deveriam, nessa neutralidade, aí deixar uma boa parte de sua identidade. De outra forma, mas não menos profundamente, eles podem, igualmente, pôr-se em perigo no contato com sua tumultuosa vizinha, a ordem pública.

B - Não há mais bons costumes, apenas importa a ordem pública

8 - As relações “incestuosas” entre a ordem pública e os bons costumes

Separados a título de uma dicotomia estabelecida pelo Artigo 6, a ordem pública e os bons costumes são também reunidos pela conjunção de coordenação que os liga. Essa

⁴⁷ *Bull. Ass. Plén.*, 2004, n.º 12. JCP 2005, ed. G., II, 10011, nota de F. Chabas; D. 2004, jurispr., p. 3175, nota de D. Vigneau; Rep. Defren., 2005, Artigo 38073, n.º 105, comentário de R. Libchaber; RTDCiv., 2005, p. 104, comentário de J. Hauser, *Cont. conc. consom.*, 2005, com., 40, comentário de L. Leveneur.

⁴⁸ O caráter remuneratório, até então retido pelos tribunais para anular uma liberalidade contrária aos bons costumes, tinha, na espécie, sua causa no concubinato, se levarmos em consideração que a concubina beneficiária, de 64 anos, era a caçula do testador e não parecia precisamente movida por outra coisa senão pela obtenção da remuneração de seus favores. (Vide, nesse sentido, suas intenções, relatadas nos fatos: “sem dinheiro, sem amor”).

⁴⁹ Para retomar a expressão de F. Terré, a propósito da decisão da Assembléia Plenária da Corte de Cassação de 29 de outubro de 2004, in JCP, 2005, ed. G., *Actualités, Livres proposés*, n.º 223.

⁵⁰ D. Fenouillet: *Les bonnes mœurs sont mortes!*, *op. cit.*, pp. 492 e s., n.º 8 e s. A autora considera que essa direção dos costumes, atualmente revolucionada é, doravante, condenada pela liberdade da vida privada.

⁵¹ Conforme preconizava Ripert (*La règle morale*, *op. cit.*, n.º 23, p. 40).

⁵² Vide a rica contribuição de D. Roman: « *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas* »? *La liberté sexuelle et ses juges: étude de droit français et comparé*, D. 2005, *crón.*, pp. 1508 e s. A autora mostra a notável visão compartilhada pelos Juizes europeus, sul-africanos e norte-americanos para consagrar uma liberdade sexual, contanto que ela seja consensual; o direito estatal, não sendo mais transmissor mecânico de prescrições morais e religiosas, a sexualidade pode, de agora em diante, ser plural; porém, a indiferença do direito face às orientações sexuais, assim como sua evolução em direção a uma igualdade entre umas e outras, não saberia mascarar que, entre sexualidade reprovada, tolerada ou aceita, todas os intentos eróticos não gozam de uma mesma proteção.

aproximação, de longa data, ocasiona a existência de uma proximidade conceitual, que provoca, inelutavelmente, uma certa osmose⁵³ entre ambos; isso explica o fato de que já no passado, mas sobretudo hoje em dia, alguns tenham considerado que as duas noções, dificilmente dissociáveis, estariam abrigadas na mesma categoria;⁵⁴ daí a assimilá-las pura e simplesmente, bastava dar um passo, o que vários autores não hesitaram em fazer.

9 - Os bons costumes como uma ampliação da ordem pública

A constatação não é nova, Accolas já os denominava como tal.⁵⁵ Entretanto, no duplo aspecto evocado pelo Artigo 6, há um que domina: é a ordem pública, mencionada em primeiro lugar, mesmo que, historicamente, tenha tido sua fonte nos bons costumes.⁵⁶ O direito mostra aqui sua força e seu respeito pela ordem (“mais vale uma injustiça que uma desordem”, dizia Goethe), prevalece sobre a manutenção da ordem moral atribuída aos bons costumes. Testemunhas dessa superioridade são os princípios do direito europeu dos contratos, que não tratam da invalidade decorrente da imoralidade do contrato⁵⁷ e consagram, inversamente, todo um capítulo às normas imperativas, assim como um outro à sanção por ilicitude.⁵⁸ A ordem pública, assim, por compreender os bons costumes, englobaria as normas imperativas a ponto de levar sua sanção pelo juiz a um papel periférico, no caso das hipóteses mais graves, que se agregariam às suas próprias.⁵⁹

Estando intimamente ligados à ordem pública, da qual constituem uma parte, os bons costumes contribuem, portanto, com o desenvolvimento dessa figura balizadora: esta ganha em extensão, acrescentando-se a ela uma ordem pública moral;⁶⁰ mas a recíproca não é, de modo algum, verdadeira, pois a aliança da ordem pública com os bons costumes camufla uma verdadeira “fusão-absorção”, e, seguida a essa “OPBC”,⁶¹ é difícil reencontrar os bons costumes no duplo sentido do Artigo 6; o que os bons costumes perderam a título de causa (ímoral), não necessariamente recobram em favor do objeto ilícito,⁶² mesmo se este abriga uma ordem pública abrandada, rebatizada e transcendida em ordem pública filantrópica.

⁵³ Osmose entre a causa imoral e o objeto ilícito, mas também, no âmago da própria causa, entre a causa imoral e a causa ilícita, entre as quais é difícil, às vezes, fazer uma distinção. Vide, por exemplo, a proposição de L. Leveneur que, para contornar a impossibilidade de sancionar, doravante, a liberalidade feita para a concubina adúltera, em se fundando sobre causa imoral, propõe de fundar sobre a causa ilícita, em referência ao Artigo 212 do Código Civil sobre o fundamento de que pode ser sancionada a infidelidade do cônjuge. (nota sobre o acórdão da Câmara Cível da Corte de Cassação, 1999, cit.).

⁵⁴ J. Hauser et J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 4, p. 4; n.º 170, p. 29.

⁵⁵ Emile Accolas: *Manuel de Droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. I, Paris, 1874, p. 8: “Os bons costumes não são mais que uma forma ampliada da ordem pública”.

⁵⁶ M. Pena: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, RRJ, 1992, p. 499.

⁵⁷ Artigo 4: 101.

⁵⁸ Vide, especialmente, os Artigos 1: 102 et 1: 103. Sobre a equivalência dos termos ordem pública e leis imperativas, assim como a essencialidade desse debate visto à luz da noção da ordem pública europeia, vide J. Hauser: *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français*, op. cit., pp. 105 e s.

⁵⁹ J. Hauser et J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 21, p. 7.

⁶⁰ Entre numerosos autores, vide, por exemplo, J. Ghestin: *L'ordre public, notion à contenu variable en droit* (org. Perelman), Bruylant, 1984, pp. 77 e s., que definiu os bons costumes como o “aspecto moral da ordem pública”.

Em complementação, vide J. Hauser et J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 32, p. 9; n.º 170 e s., pp. 29 e s., que estudam a ordem pública moral, notadamente no parágrafo 8, intitulado “bons costumes”. Vide, nesse sentido, igualmente seu *index*; ainda, os autores citados em referência, op. et loc. cit., que participam dessa tendência.

⁶¹ Oferta Pública de Bons Costumes (*Offre Publique sur les Bonnes Mœurs*)!

⁶² Pensamos particularmente nas convenções que têm por objeto o corpo ou um elemento do corpo humano e as proibições

10 - Da ordem pública moral à ordem pública filantrópica

Tomar em consideração esse valor fundamental que é a dignidade humana permite-nos acrescentar uma nova ramificação aos diversos ramos da ordem pública (estatal, processual, econômica, social, das pessoas, etc.), com a elaboração de uma ordem pública filantrópica. Por esse acréscimo, os bons costumes constituiriam a “ponta da lança” e uma categoria acolhedora do direito à dignidade. A idéia é bela e foi objeto de uma demonstração que muito a reforça.⁶³ Ainda aqui pouco identificada com um mero valor inspirador de normas e, por si só, insuscetível de juridicização,⁶⁴ a dignidade humana é atualmente erigida como conceito jurídico. “Ela proveio do mundo das idéias para revestir o direito interno dos estados, assim como o direito internacional”, havíamos observado,⁶⁵ contribuindo, dessa forma, à constitucionalização do direito subjetivo à dignidade humana. Mas essa lógica de fundamentalização, levada ao extremo, não resguarda alguns perigos:⁶⁶

11 - Direito e liberdade, confusão de gêneros?

Respeitar os desejos individuais é uma coisa, deixá-los comandar a cena, é outra. “Do direito de ser deixado sozinho, passa-se ao direito à autodeterminação (direito-liberdade), para chegar à plenitude pessoal, ou seja, à felicidade (direito-crédito)”.⁶⁷ Do primado assim atribuído à liberdade, pode-se temer uma “pulverização do direito em direitos subjetivos”.⁶⁸ Sua multiplicação conduz a uma compreensão desgobernada da liberdade individual prevista no Artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em virtude da qual seria, doravante, conforme aos bons costumes tudo aquilo que não viesse a contradizer a liberdade individual auto-proclamada por cada um. Essa posição do sujeito em relação ao direito (por trás de cada direito subjetivo há uma vontade) mereceria ser repensada, pois a perda causada pela abstração da noção de sujeito de direito acarreta, em seu rastro, uma modificação da definição, das categorias e dos métodos jurídicos. Para a concepção clássica, opomos uma disponibilidade absoluta do indivíduo a ele mesmo, este podendo fazer variar sua concepção (dos costumes) e impor suas variações ao direito que o poria em ação, em uma concretização das identidades que não mais estariam relacionadas com a idéia de uma ordem normativa, ao

tradicionais relativas às convenções de tatuagem ou de *strip-tease*, como nos contratos a título oneroso dispendo sobre relações sexuais; a essas se acrescentam, hoje em dia, as convenções ditas de gestação de substituição e, de forma mais geral, aquelas relativas à locação apreçada de úteros a que podíamos, quem sabe, pertencer, amanhã, a locação, o empréstimo, quicá a venda de úteros artificiais, se o fantasma da ectogênese se tomasse realidade, amofinando, à sua maneira, a imaginação dos sujeitos de direito na conclusão ou reativação de diversas figuras contratuais. Vide, em complementação, *infra*, n.º 19.

⁶³ Vide D. Fenouillet: *Les bonnes mœurs sont mortes!* *Op. cit.*

⁶⁴ P. Martens: *Encore la dignité humaine. Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, mélanges en l'honneur de P. Lambert*, Bruxelles-Bruylant, 1998, p. 564. Vide, em complementação, J.P. Théron: *Dignité et liberté, Propos sur une jurisprudence contestable*, in *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à J. Mongeron*, Bruxelles-Bruylant, 1998, pp. 295 e s.

⁶⁵ Th. Pech: *La dignité humaine, du droit à l'éthique de la relation*, número fora de série, Dalloz, *Justices*, 2000, p. 90.

⁶⁶ Vide, por exemplo, J.M. Bruguière: *La dignité schizophrène*, D. 2005, *Tribune*, p. 1169; B. Mathieu: *De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique*, D. 2005, *Tribune*, p. 1649 e as referências citadas.

⁶⁷ B. Beignier: *Vie privée et vie publique*, *op. cit.* p. 172. Vide, em complementação, L. Seez: *Les droits de l'homme dans la société moderne, in Religion, société et politique, Mélanges en hommage à J. Ellul*, PUF, 1983, pp. 523 e s.; vide, especificamente, pp. 528 e s., o § intitulado “une coupure structurante: privé-public?”.

⁶⁸ J. Carbonnier: *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, Forum, 1996, pp. 110 e s.

que o todo estaria submetido a uma flutuação permanente que o direito dito “pós-moderno” e “pós liberal” tem a ambição de abrigar e traduzir.⁶⁹

A constatação da dissolução dos costumes em uma ordem normativa concorrente, juntamente com o projeto de fundá-los no seio de uma ordem pública, forçosamente atenuada, leva a um resultado idêntico: em ambos os casos os bons costumes desaparecem ; mas essa crônica de uma morte constatada ou proclamada pode não satisfazer. “*Boni mores permanent*”, dizia Sêneca. Apostemos em que o aforismo estoíco pressagie a perenidade dos bons costumes e que, nessa aposta, eles tenham tudo ou quase tudo a ganhar.

II - O que os bons costumes no direito dos contratos têm a ganhar? Tudo ou quase tudo

12 - A palavra e a idéia

O Artigo 6, assim como todos os diversos preceitos do Código Civil que fornecem algumas ilustrações de sua aplicação, tratam expressamente dos bons costumes. Por trás da formulação da palavra, há o significado da idéia, e este, repensado, deixa entrever novas perspectivas. É certo que “o primado atribuído à identidade pessoal [...] engendra certo relativismo de valores: cada um (tornando-se) sua própria referência”,⁷⁰ o *foro interno* erige-se em *foro externo*. Mas por que não buscar restabelecer o equilíbrio e dar a cada um a parte que lhe cabe? A regulação dos costumes pelo direito é indispensável à sobrevivência de toda sociedade. Para que ela continue possível hoje em dia, não consistiria uma das soluções em deslocar o curso da moral pessoal em direção a uma moral dos negócios? A ampliação do campo de aplicação dos bons costumes contribuirá à difusão de certo número de valores aptos a atenuar a impotência e ineficácia do controle dos comportamentos contratuais imorais. Se a sugestão for considerada plausível, a aliança da ordem pública com os bons costumes será restaurada, ao passo que o domínio a estes atribuído restará vivificado e melhor circunscrito (A). Dotados, correlativamente, de um conteúdo, os bons costumes não constituiriam mais uma categoria residual, percebida de uma maneira simplesmente negativa e como antítese da liberdade contratual.⁷¹ A questão dirá respeito, então, à reabilitação de uma noção pela sua sistematização em direito positivo (B).

A - Uma possibilidade: reconsiderar o domínio atribuído aos bons costumes

13 - História e direito comparado: a oportunidade de um método

A conquista, pelos bons costumes, de novos espaços jurídicos é algo totalmente factível, pois a noção é rica em potencialidades. Resta saber onde buscá-las e com quais instrumentos de controle torná-las eficientes. E desse ponto de vista, tanto a história como o direito comparado oferecem recursos inéditos. A primeira autoriza a objetivação da noção; o segundo, sua abertura à matéria econômica.

⁶⁹ Vide, mais especificamente, a propósito da identidade sexual, M.A. Frison-Roche e R. Sève: *L'art législatif et la personne située dans la législation française, in Le droit au féminin, L'année sociologique*, PUF, 2004, pp. 55 e s., sobretudo p. 84.

⁷⁰ F. de Singly: *Identité personnelle et identité statutaire, op. cit.* p. 60.

⁷¹ Sobre essa idéia, vide J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs, op. cit.*, n.º 5, p. 4.

14 - Objetivar a concepção de bons costumes: os ensinamentos do direito romano

À primeira vista, a concepção austera e cívica dos *boni mores*, muito estritamente definida no direito romano,⁷² opõe-se singularmente à noção movediça e plástica que nós conhecemos hoje em dia; o contraste é real, mas o contrário não é indubitável; efetivamente, se admitíssemos que os bons costumes constituíssem, a um só tempo, o “passaporte político” mas também o “breviário social” do cidadão romano, esses “costumes virtuosos” apareceriam, então, “como uma síntese entre a norma jurídica e a norma social”.⁷³ Significa dizer que a concepção romana dos bons costumes pode esclarecer uma aproximação objetiva da noção no direito contemporâneo, no domínio econômico, particularmente. E, nesse empreendimento, os direitos de origem germânica, logicamente, dão o exemplo.

15 - Patrimonializar o domínio dos bons costumes: a contribuição do direito comparado

Entre os principais casos pesquisados por Huc que constituíam atentados aos bons costumes, havia alguns que eram concernentes ao direito dos negócios;⁷⁴ mas se tratava de hipóteses nominadas, extraídas de uma “lista” inelutavelmente incompleta, estabelecida para descrever uma noção que ele considerava, ademais, como inútil. As coisas se apresentam de outra forma atualmente. A abertura geral da noção de bons costumes no campo econômico parece-nos poder contribuir da forma mais harmoniosa possível com a edificação de uma “nova ordem contratual”, fruto da mutação estrutural e substancial que afeta o direito contemporâneo dos contratos.⁷⁵

O direito comparado oferece, nesse caso, campos de investigação interessantes. Determinamos alguns instantes sobre os direitos germânico e austríaco, cujo exemplo é particularmente tópicos.⁷⁶ O § 138 do BGB, através da noção de “contrariedade aos bons costumes”, remete a princípios não-escritos de moral contratual, dentre eles incluídos os negócios, cujo juiz é encarregado de fixar seu conteúdo com maior precisão.⁷⁷ Na aplicação desse preceito, a jurisprudência alemã recorreu aos princípios gerais de direito civil de primeiro plano, onde figura a noção de bons costumes, para anular os contratos em que “a parte dominante abusa dessa situação de vulnerabilidade de uma forma manifestamente destinada

⁷² Vide, em particular, M. Penna: *Les origines historiques*, op. cit., pp. 502 e s.; J. Ph. Lévy e A. Castaldo: *Histoire du droit civil*, 1ª ed., Précis Dalloz, 2002, n.º 567 e s. ; pp. 82 e s.; E. Géraud-Llorca: *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, op. cit., pp. 62 e s.; J. Foyer: *Les bonnes mœurs, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, Un présent, Un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 496 e s.; F. Senn: *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Géry*, 1929, t. I, pp. 58 e s.; J. Bonnacase: *La notion juridique de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 91 e s. Vide, em complementação, Z. Oprea: *Essai sur la notion de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 39 e s.

⁷³ M. Penna: *Les origines historiques*, op. cit., p. 501.

⁷⁴ Vide, *supra*, n.º 2, nota 13.

⁷⁵ Vide estudo de D. Mazeaud: *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 2003, pp. 295 e s.

⁷⁶ Para uma exposição completa dessa questão vislumbrada em uma perspectiva comparatista, assim como suas implicações em relação ao direito francês no contrato de fiança, vide P. Ancel, *in* RDC, 2003, pp. 225 e s., à qual, aliás, referem-se diretamente nossas exposições.

⁷⁷ M. Fromont: *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, n.º 177 e s.; vide, também, o § 138 II do BGB, ligando o contrato lesivo à ideia de contrariedade aos bons costumes. Sobre esse texto e outros desenvolvimentos, vide P. Ancel, op. cit., p. 232.

à satisfação unilateral de seus interesses”.⁷⁸ Dessa forma, decidiu-se que um “contrato de fiança pode ser anulado por contrariedade aos bons costumes se há uma desproporção flagrante entre a extensão do compromisso e da situação econômica da caução”. Decisão basilar,⁷⁹ que levou, por decorrência, o BGH a modificar a jurisprudência anterior e a admitir, com fundamento no § 138 II, a anulação dos contratos de fiança.⁸⁰ A jurisprudência austríaca, por sua vez, fortemente influenciada pela sua vizinha, optou por uma solução idêntica.⁸¹ Eis alguns elementos fortes que podem presidir a reconstituição do domínio dos bons costumes sobre uma base objetiva e assegurar a essa noção uma real utilidade no direito dos negócios, com a condição, no entanto, de que os instrumentos destinados a assegurar sua aplicação estejam em conformidade com ela.

16 - O recurso à causa (econômica) e ao objeto do contrato (via sua própria economia)

A anulação explícita dos contratos de fiança desproporcionais em relação à situação econômica da caução nos direitos alemão e austríaco por contrariedade aos bons costumes repousa certamente em um sentido *a priori* muito diferente daquele atribuído aos bons costumes no Artigo 6 do Código Civil; além de não ser necessariamente sempre necessário conhecer o fim de um ato,⁸² para compreender seu caráter moral, a transposição dessas soluções em direito francês é concebível se utilizadas as potencialidades dos instrumentos de controle que ele encerra. O princípio da proporcionalidade, critério de conformidade da convenção aos bons costumes nos direitos germânicos, poderia encontrar certa repercussão em certas construções doutrinárias clássicas ou recentes. Assim, a reativação da causa econômica (tal como foi concebida por Pierre Louis-Lucas) e/ou a investigação do objeto do contrato (por intermédio de sua economia), poderiam conferir aos bons costumes um cunho objetivo, a proteção necessária à manutenção do equilíbrio contratual (*i.e.*, o respeito ao princípio da proporcionalidade).

⁷⁸ BGB § 138 II.

⁷⁹ BVerG (Tribunal Federal Constitucional Alemão), 19 de outubro de 1993: NJW, 1994, p. 36.

⁸⁰ BGH (Superior Tribunal Federal Alemão), 8 de outubro de 1998: NJW, 1999, p. 58.

⁸¹ OGH (Superior Tribunal de Justiça Austríaco), 27 de março de 1995: fascículo de 10 de outubro de 1995; 20 de outubro de 1999: Óba 7/2000.

⁸² Vide, nesse sentido, o acórdão da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 7 de outubro de 1998, JCP, 1998, ed. G., II, 10202, nota de M.H. Malleville, D. 1999, p. 110 e Rep. Defren., 1998, p. 1408, Artigo n.º 36985, comentário de Ph. Delebecque, JCP, 1999, I, 144, comentário de F. Labarthe, considerando que um contrato pode ser anulado pela causa ilícita ou imoral, mesmo que as partes não tenham tomado conhecimento do caráter ilícito ou imoral do motivo determinante da conclusão do contrato. Vide, em complementação, L. Tchavdaroff: *De la notion des bonnes mœurs, op. cit.*, p. 20. Sobre a identificação da causa ao fim e sobre a distinção do motivo determinante e do fim, vide H. Capitant: *De la cause des obligations*, Paris, 1923, n.º 3, p. 10: distinta do simples motivo, a causa é o fim contratual. Vide, comparativamente, L. Josserand: *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, II, *Essais de téléologie juridique*, Paris, 1928, n.º 108 e s., pp. 140 e s. Para uma retrospectiva recente, vide J. Ghestin: *En relisant "De la cause des obligations" de Henri Capitant*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.L. Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 115 e s.

17 - Contra uma utilização artificial da causa subjetiva, a favor da adoção de uma causa econômica

Muitos males emergem da causa, diz-se, se tentarmos esclarecer a explicação técnica de sua evolução. É que “há de tudo na causa” (da liberalidade...), constatava René Savatier,⁸³ e pode ser de outra forma, se se levar em conta o caráter polissêmico dessa noção? De fato, o debate que ultrapassa largamente os sustentáculos dessa tribuna torna-se verdadeiramente sutil e complexo, ao longo do exame de diferentes construções doutrinárias,⁸⁴ a ponto de mal contribuir para esclarecer a noção de causa imoral e ilícita tal qual destacada por Pothier⁸⁵ e, posteriormente, consagrada pelo Código Civil.⁸⁶ Com base nessa constatação, e na perspectiva de uma reconfiguração dos bons costumes, podemos ser tentados a abandonar a abordagem subjetiva, não isenta de arbítrios, para preferir conferir a ela uma concepção abstrata da causa.⁸⁷ Essa foi a perspectiva adotada por Pierre Louis-Lucas ao seu tempo, que, raciocinando a partir dos contratos a título oneroso,⁸⁸ adotou uma concepção econômica da causa, na qual ela é o instrumento de equilíbrio econômico do contrato. Refletindo a partir da *conditio* que realizaria, segundo ele, “a conversão do valor econômico em força jurídica”,⁸⁹ o ilustre decano viu na causa “um elemento objetivo, derivado técnico do princípio da equidade natural”; essa concepção “quase mecânica” da causa⁹⁰ não deixa de lembrar a doutrina de Aubry e Rau,⁹¹ que, provavelmente sob a influência de Zachariae, vislumbram a existência de ações repetidas em caso de pagamento de uma obrigação contrária aos bons costumes; ela também faz pensar nas disposições de direito alemão, no qual as conseqüências da sanção a uma convenção imoral são muito minuciosamente regradas pela teoria do enriquecimento sem causa.⁹² Essa busca da justiça objetiva por meio da causa, apta a fundar o controle de conformidade do contrato aos bons costumes pelo juiz, chama a atenção; mas ela não resta fragilizada no contexto atual? O acausalismo do direito europeu dos contratos⁹³ não pode constituir um convite a nos voltarmos a esses instrumentos de controle mais adequados?

⁸³ R. Savatier: *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1937, p. 113: “Já que há de tudo na causa da liberalidade, cabe (aos tribunais), segundo a concepção que eles têm da moral e segundo a simpatia de maior ou menor extensão que os inspira, extrair do processo, para esta última, a felicidade ou tristeza. Vide, em complementação, J.P. Langlade-O'Sughrie, nota citada; p. 268, que, acerca do contencioso relativo às doações e liberalidades testamentárias entre concubinos, sublinha que a jurisprudência anterior havia se prendido a uma “distinção jurídica impraticável, com o único fim de escapar a uma constatação moral pouco satisfatória para as consciências pusilânimes”.

⁸⁴ Assim, a causa do contrato, para não se ater apenas a ela, reveste duas significações doutrinárias totalmente distintas: ela constituindo seja o motivo determinante, seja o elemento categórico.

⁸⁵ “Toda vinculação deve ter uma causa honesta [...]. Se ela não tem nenhuma causa, se a causa é falsa, se ela viola a justiça, a boa-fé ou as boas maneiras, a vinculação é nula, assim como o contrato que a encerra”. (*Traité des Obligations*, t. I, n.º 42-43, in *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, 1861, 2ª ed. de M. Bugnet.

⁸⁶ Artigos 1108, 1131 e 1133 do Código Civil.

⁸⁷ Sobre a riqueza e a complexidade do debate relativo à causa, assim como sobre a evolução histórica da noção, vide Forray: *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Tese datilografada, Chambéry, 2005, sobretudo Cap. 2, Título II, segunda parte: *Le consensualisme et la cause*.

⁸⁸ Para este autor (*Volonté et cause, Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Tese, Dijon, Librairie du recueil Sirey, 1918, p. 151), assim como para Eugène Gaudemet, Baudry-Lacantinerie e Planiol, depois dele, a causa nos contratos a título gratuito é julgada inútil, a intenção liberal se confunde com o *animus contrahendi*.

⁸⁹ P. Louis-Lucas: *Volonté et cause*, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁰ Vide Forray: *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, n.º 377.

⁹¹ Aubry e Rau: *Cours de droit civil français*, t. IV, § 442 bis.

⁹² Z. Oprea: *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations*, *op. cit.*, p. 326.

⁹³ J. Beauchard: *L'absence de la cause dans les principes européens de droit des contrats*, *Mélanges C. Lombois*, 2004, pp. 819 e s.

18 - As potencialidades da noção de economia do contrato

A priori inútil para apreciar a moralidade ou a licitude da causa do contrato, a economia do contrato oferece um campo de investigação muito mais interessante se se deseja limitar as investigações de ordem psicológica. Identificada, depois substituída pelo objeto do contrato cuja significação é flutuante, a noção sugere uma aproximação global e concreta da matéria do acordo e “representa, sob uma forma objetiva, o ponto de convergência das vontades. Essa operação é uma estrutura ordenada de efeitos de direito apta a realizar uma função econômica precisa”.⁹⁴ Essa representação do equilíbrio que define direitos e obrigações respectivas entre as partes parece efetivamente apta a garantir o controle do conteúdo do contrato. Aplicada ao nosso objeto de estudo, a noção de economia do contrato se “transforma” qualitativamente: de um instrumento de controle da adequação da vontade contratual a uma norma superior (os bons costumes). Ela se torna uma representação da normalidade que as partes devem respeitar. As partes deverão, portanto, respeitar a economia do contrato em função de ser essa conforme aos bons costumes. A idéia é sedutora, sob condição de se poder continuar a distinguir o controle dos bons costumes do controle da ordem pública.

19 - Ordem pública e bons costumes, “a cada um seu objeto”

A repartição do controle da conformidade do contrato à ordem pública e aos bons costumes pode ser feita de maneira simples, empregando-se a distinção entre o objeto da obrigação e o objeto do contrato. Sua diferenciação importa identificar a autonomia de suas áreas respectivas; assim, a sanção das convenções contrárias à ordem pública continuará a ser pronunciada com fundamento no objeto da obrigação, enquanto que a sanção das convenções contrárias aos bons costumes far-se-á contemplando o objeto do contrato, identificado com a sua economia. E a partir dessa investigação da matéria do contrato⁹⁵ absorvida por sua utilidade (econômica), o juiz poderá utilizar-se de certo número de medidas.

20 - Apreciação dos bons costumes e *standards* contratuais

Em primeiro lugar, há a onipresente *boa-fé*, noção também polissêmica e que remete a diversos significados. Apreendida *objetivamente*, ela pode constituir um auxiliar precioso na apreciação dos bons costumes e, dessa forma, servir de critério para o controle efetuado pelo juiz. Os laços que ligam as duas noções já foram descritos há muito tempo, e a primeira constituiria, até mesmo, ponto de partida dos últimos.⁹⁶ Já evocada nos “*negotia bonae fidei*” como refletindo a nuance de cada situação jurídica à qual se aplicava”, ela poderia, hoje, constituir um critério confiável a serviço da causa econômica e/ou da economia do contrato, como sugerido anteriormente. Essa objetivação da *boa fé*⁹⁷ é um elemento necessário na

⁹⁴ S. Pimont: *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, prefácio de J. Beauchard, n.º 274, p. 183. Vide, mais amplamente, n.º 237 e s., pp. 161 e s.

⁹⁵ D. Mazeaud: *La matière du contrat*, in *Les principes contractuels français*, *op. cit.*, pp. 80 e s., em especial as colocações consagradas à composição da matéria do contrato, pp. 84 e s.

⁹⁶ L. Tchavdaroff: *De la notion des bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁷ No sentido de que aquela *boa fé* que tem tudo para ganhar não é considerada como um “dever do contratante”, compreendido como uma obrigação tema do contrato, mas como um *standard* objetivo, vide as interessantíssimas colocações de Ph. Stoffel-Munck, in RDC, 2004, n.º 3, pp. 637 e s.

busca do equilíbrio contratual, parecendo, destarte, preferível a uma apreciação subjetiva do imperativo de moralização do contrato, que, no caso concreto, poderia apresentar um duplo inconveniente: inicialmente, o de reduzir o controle da moralidade pública à própria concepção que o juiz faça dela; em seguida, o de submeter esse mesmo juiz à “ditadura” do corpo social, a ditar-lhe a conduta na medida em que ele se tranquilizaria ao verificar que o que decidir estará de acordo com a aquilo que concerne à maioria.⁹⁸ Na falta de convicção, um outro *standard* que também poderia se mostrar pertinente no processo de normalização a que os tribunais deverão se entregar é aquele do *bom* pai de família, *standard* universal do Código Civil; recorda-se a justiça com que Portalis o apresentava ao afirmar: “[...] São os *bons* pais, os *bons* maridos, os *bons* filhos que fazem os *bons* cidadãos [...]”,⁹⁹ e que fazem os *bons* profissionais,¹⁰⁰ poder-se-ia acrescentar, numa perspectiva de extensão dos *bons* costumes à vida dos negócios. Com efeito, dessa maneira, além das exigências impostas aos profissionais, os quais vêem suas obrigações circunscritas em diversas áreas, é possível determinar a medida do *bom* profissional, o que constitui um elemento precioso de evolução na área da atividade econômica.

Boa fé, bom pai de família (*i.e.*, *bom* profissional), eis aí um material a serviço dos *standards* objetivos que são a causa econômica e a economia do contrato. Passa-se gradualmente de uma concepção negativa (obter a nulidade de um contrato viciado) a uma concepção positiva (garantir a conclusão de um contrato equilibrado),¹⁰¹ na qual a noção de *bons* costumes tem um papel de catalisador. A aposta é grande, ela tem por efeito a sistematização da noção.

B - Um desafio: reabilitar a noção de bons costumes, sistematizando-a

21 - Os bons costumes: variabilidade do conteúdo, permanência das funções

Situado na interseção de sistemas normativos diferentes, o conteúdo dos bons costumes é essencialmente variável. Eles relevam, como escreveu Jean Carbonnier em termos decisivos,¹⁰² “fatos-direitos”; mas esta “contribuição normativa da sociologia ao direito do contrato”¹⁰³ mostra, ao mesmo tempo, que a noção é “indissociável da existência de toda a ordem social, na medida em que pressupõe uma normalização de comportamentos”.¹⁰⁴ Assim, o conteúdo pode mudar, mas as funções continuam as mesmas, necessariamente.

⁹⁸ Vide, por exemplo, o Relatório do Conselheiro Bigot, especificamente a nota 40, acerca da pausa da assembléia plenária de 29 de outubro de 2004, que é, nesse ponto, muito esclarecedora. Vide, em complementação, J. Carbonnier: *Flexible droit*, LGDJ, 1992, 7ª ed., pp. 291-292, para quem a noção de bons costumes parece largamente determinada pelas concepções morais da magistratura, com as quais ela se identifica.

⁹⁹ *Discours préliminaire*, reedição, Centro de Filosofia Política e Jurídica, Caen, 1989, pp. 61-62.

¹⁰⁰ Vide, mais especificamente, J. Hauser, in *RTDciv.*, 2004, p. 722, o qual, a respeito da regularização do esposo no direito de família, coloca-se a seguinte questão: Para quando o *bom* profissional? (Grifo nosso).

¹⁰¹ J. Hauser e J.J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, *op. cit.*, n.º 28, pp. 8-9.

¹⁰² *Sociologie et droit du contrat*, Anuário da Faculdade de direito de Toulouse, t. VII, 1959, pp. 113 e s.

¹⁰³ F. Terré: *Sur la sociologie juridique du contrat*, in *Sur les notions de contrat*, APD, n.º 13, Sirey, 1968, pp. 71 e s., citando J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*

¹⁰⁴ J. Chevallier: *Introduction à l'ouvrage: Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 6.

22 - A apreciação dos bons costumes: “dois pesos e duas medidas”

Duas abordagens possíveis apresentam-se ao juiz encarregado de apreciar os bons costumes e cuja “intervenção é necessária para garantir o respeito a um princípio cuja aplicação o legislador não poderia precisar”.¹⁰⁵ Uma abordagem conceitual, que lhe permitirá penetrar na zona de penumbra, a fim de discernir os que lhe parecem dignos de interesse; uma abordagem casuística, em virtude da qual ele delimitará as zonas de luz, sob pena de ignorar os casos mal precisados. A primeira conduzirá à substância formadora da noção que é oferecida por uma imagem mais próxima de uma concepção dos bons costumes que do seu conceito em estado puro; a segunda se coadunará mais facilmente com a zona de flexibilidade e influência do *standard* que determina sua natureza.

23 - Os bons costumes: por essência, um sincretismo

Honeste vivere: o adágio remonta a tempos imemoriais. Tanto que se encontra na raiz dos bons costumes uma pluralidade de componentes variáveis no curso dos anos,¹⁰⁶ e nos quais se impregna seu fundo social comum. Fundo comum transcendental e dogmático, com um apelo patente, para alguns, ao direito natural,¹⁰⁷ mas também fundo comum costumeiro, colocando em destaque, para que outros a percebam, a relação intrínseca dos bons costumes com os usos e costumes e a estreita dependência da noção segundo as opiniões dominantes no momento considerado (o que muda mais do que a opinião?). A recepção, pelo direito, desta multiplicidade de fundamentos é, em si, plurívoca e torna ilusória, se tanto não for impossível, a predeterminação do conteúdo da noção.

Veja-se, pois, que, erigida em regra fixa e precisa, a definição dos bons costumes é, necessariamente, muito acurada: Huc tentou elaborar uma lista, necessariamente incompleta, que rapidamente mostrou seus limites.¹⁰⁸ Içada ao nível de princípio, pouca conveniência traz a mais, tanto é que, este estando cristalizado em uma idéia geral e abstrata, desemboca em uma concepção ideal, quicá absoluta, mas que se encontra nos antípodas da realidade. Resta, então, o recurso ao *standard*: a inevitável incerteza da noção¹⁰⁹ faz, evidentemente, refletir.

24 - Os bons costumes: por natureza, um *standard*

O *standard* “fornece uma medida média de conduta social suscetível de se adaptar às particularidades de cada hipótese determinada”;¹¹⁰ ele confere ao juiz flexibilidade e

¹⁰⁵ Ripert: *La règle morale*, *op. cit.*, n.º 36, p. 69.

¹⁰⁶ Sobre as grandes linhas de evolução da noção, vide, em particular, M. Penna: *Les origines historiques*, *op. cit.*, pp. 502 e s.; J. Ph. Lévy e A. Castaldo: *Histoire du droit civil*, 1ª ed., Précis Dalloz, 2002, n.º 567 e s., pp. 82 e s. Vide, em complementação, F. Senn: *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Géry*, 1929, t. I, pp. 58 e s.; J. Foyer: *Les bonnes mœurs, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, Un présent, Un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 496 e s.

¹⁰⁷ Domat distinguiu, dessa maneira, dois tipos de convenções ilícitas, “aquelas que maculam o direito natural e os bons costumes e aquelas que são contrárias ao direito positivo” (*Loix civiles*, t. XVIII, s. 4, § 1º). Em complementação, a doutrina do filósofo alemão Stammler fundando os bons costumes no direito natural, sobre o que vide as colocações de Z. Oprea, in *Essai sur la notion de bonnes mœurs*, *op. cit.*, pp. 298 e s.; Ripert, quanto a ele, percorrendo as decisões dos tribunais, dá os preceitos que “podem ser compilados e colocados sob forma imperativa”, apresenta uma lista erigida em forma de “decálogo”. (*La règle morale*, *op. cit.*, n.º 30, p. 58.)

¹⁰⁸ Vide, *supra*, nota 13.

¹⁰⁹ J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, *op. cit.*, n.º 3, p. 4.

¹¹⁰ A.A. Al-Sanhuey: *Le standard juridique, Etudes en l'honneur de F. Géry*, 1934, t. II, pp. 144 a 156, especialmente p. 144.

adaptabilidade, fontes de um poder criador.¹¹¹ Em realidade, entre a heteronomia (aquela da lei que comanda) e a anomia (aquela da ética que recomenda), há lugar, na interpretação do Artigo 6, para a autonomia normativa do juiz. Sabendo, entretanto, que quanto menos precisa for a fórmula maior será a liberdade, mede-se em que extensão as intuições e experiências do magistrado¹¹² não devem dar lugar à razão e à lógica. Para afastar o risco da arbitrariedade no inelutável traçado da fronteira entre as convenções que atentam contra os bons costumes e aquelas que não lhe são contrárias, importa, então, fixar uma margem de tolerância, e o juiz, por meio disso, deverá poder dispor de um critério e de uma escala de valores; o primeiro, enquanto “produto de laços imbricados nas virtudes, nos costumes e no direito”, faz refletir sobre a normalidade¹¹³ (*i.e.*, o equilíbrio contratual); quanto à última, permite, sobretudo, ver, nesta matéria, um *valor aproximado* da noção, determinada pelo *excesso* e/ou pela *falta* de acordo com as crenças (*i.e.*, a boa fé) e/ou com as opiniões comuns dominantes (*i.e.*, o bom profissional). Como valor acrescido e/ou diminuído do conteúdo dos *bons* costumes, assim aparecem os degraus da escala da normalidade, o *bom* ligando-se aqui, mais ou menos, ao *normal*.¹¹⁴ Deve-se portanto, a partir disso, inferir que aquilo que é bom, porque conforme à natureza das coisas, aproxima-se do bem supremo? Fazer tal questão é já antecipar as funções que competem aos bons costumes.

25 - “O direito é o germe dos costumes”.¹¹⁵ permanência das funções atribuídas aos bons costumes

Ressalvada a opção por uma abordagem imanente do direito, que pouco convém aos bons costumes, a realidade não pode viver apartada de seu porquê; o fundamento designa os fins. Esta irredutibilidade pode explicar tanto a longevidade excepcional da qual goza a noção - a despeito de ser amplamente posta à prova -, quanto a perenidade das funções que manifestam seu caráter de necessidade. É questão relativa à densidade moral do direito do contrato.

26 - Os bons costumes guardiães do valor simbólico do direito

Não há ordem social concebível sem que haja um regramento das condutas.¹¹⁶ É, portanto, uma necessidade, os bons costumes são indispensáveis à preservação da

¹¹¹ Vide o estudo de D. Mazeaud: *Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple “illégitime”*, in *Propos sur les obligations, op. cit.*, pp. 235 e s.

¹¹² Vide D. Alland e S. Rials: *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, *Quadrige, Deux Poche*, p. 697, verbete “Fato”, que aponta, acerca da teoria da interpretação: “A menos que outras disposições definam alguns desses predicados em termos mais estritamente factuais, tais expressões autorizam o órgão a socorrer-se de seus próprios julgamentos”.

¹¹³ Vide D. Lochack: *Droit, normalité et normalisation, op. cit.*, pp. 55 e s. Desenvolver a idéia de uma normalidade a serviço de uma concepção econômica dos bons costumes parece algo mais realista e fecundo, considerando-se que, de um lado, o controle da noção não se pode reduzir ao das práticas sexuais e, de outro (e sobretudo?), que, aos olhos de certos filósofos e sociólogos, a noção de normalidade não existia no domínio sexual (vide, nessa linha, as conclusões de E. Badinter, in *Fausse route*, ed. Odile Jacob, 2003, especialmente pp. 126 e s., e os trabalhos citados nas referências pelo autor).

¹¹⁴ Ai contida a antiga fórmula do bom, pela qual se conhece o tipo que lhe reservou a jurisprudência, em matéria de fiança, via o valor acordado na menção manuscrita, e isso precisamente no intuito de respeitar o equilíbrio contratual.

¹¹⁵ Vide o estudo de Y. Lequette, *op. cit.* Em complementação, vide o *Discurso Preliminar de Portalis, op. e loc. cit.*

¹¹⁶ J. Chevallier: *Introduction à l’ouvrage: Les bonnes mœurs, op. cit.*, p. 6.

sociedade;¹¹⁷ independentemente do teor do Artigo 6, que confere autonomia própria aos bons costumes, os Tribunais lembram que este preceito lhes confia “a salvaguarda da ética essencial dos elementos salutaros da população [...]”.¹¹⁸ Missão de importância neste encontro do singular e do universal e sem o qual seria vã a própria idéia de laço social; porque, como pano de fundo dos bons costumes, transparece sua função: eles podem evitar a degradação do valor simbólico do direito. Ao “mito da adaptação do direito aos costumes”¹¹⁹ e do relativismo que lhe é inerente,¹²⁰ prefere-se, portanto, a pertinência de sua representação simbólica. O direito não pode ser senão um simples reflexo dos sistemas de valores cambiantes de acordo com o arbítrio cultural; mas ele também não pode ser escanteado a uma posição “ideal” (seja jusnaturalista ou positivista, ambas pecam pela confusão-redução).¹²¹ “Pensar a relação entre o direito e os costumes” convida a não optar por uma ou por outra concepção e a superar as divisões, mesmo que fundamentais.¹²²

27 - Os bons costumes garantes da existência de uma ordem jurídica intermediária?

Enunciados de forma inaugural sob o título preliminar, como um vestígio do livro preliminar tão mais ambicioso, que Portalis chamou de seus votos,¹²³ os bons costumes mostravam-se irredutíveis a uma abordagem mecânica do direito. Eles se encontram, assim, numa situação original que a simples antinomia direito-não direito não permite qualificar corretamente. Não é suficiente constatar que eles inspiram não-direito e expiram direito, sendo mais complexa a troca respiratória,¹²⁴ que mescla capacidade ética e influência normativa. A partir daí, a idéia de conceber, para os bons costumes e outras noções de sua espécie, um lugar específico no ordenamento jurídico torna-se plausível. Situadas neste meio-termo que convém às misturas de gêneros e de categorias,¹²⁵ eles poderiam constituir os elementos de

¹¹⁷ J. Hauser e J.J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 25, p. 8.

¹¹⁸ Tribunal de Grande Instância de Paris, 8 de novembro de 1973: D. 1975, p. 401, nota de M. Puech.

¹¹⁹ Vide, mais especificamente, C. Atias, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, *crôn.*, pp. 251 e s. Em complementação, vide F. Terré: *Adapter le droit aux mœurs?* *Jornal Le Figaro*, 9 de abril de 1997.

¹²⁰ R. Boudon, *Relativisme et modernité*, in *Le sens des valeurs*, Paris, PUF, *Quadrige*, 1999, pp. 295 e s.

¹²¹ R. Boudon, *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, *Juris-Classensur*, 1999, pp. 11 e s., especialmente p. 23.

¹²² R. Boudon, estudo citado in *L'avenir du droit*, especialmente pp. 17 e s. O autor apóia sua tese sobre a famosa distinção de Max Weber entre a racionalidade instrumental e racionalidade axiológica, sendo a segunda, que sugere que “os juízos de valor são fundados sobre razões fortes”, suscetível de validação objetiva. Sobre essa demonstração e a argumentação a ela relativa, vide, especialmente, pp. 18 e 22.

¹²³ Vide *supra*, nota 7.

¹²⁴ Vide, mais especificamente, a estratégia de Portalis, que, por tratar dos bons costumes com circunspeção e preferencialmente sobre o terreno técnico, enunciava: “Um princípio, na medida em que não pertence senão à ciência, nada mais é que uma tese filosófica que pode ser controvertida; mas, quando um princípio tem lugar na legislação, ele se torna uma regra que deve ser obedecida” (Corpo Legislativo, sessão de 23 de fevereiro, Ano X, Arquivos Parlamentares, 2ª série, p. 13).

¹²⁵ Evocando essas fontes morais do direito, a doutrina alemã, por meio de Stammler, fazia referência ao direito natural com conteúdo variável, ela assemelhava-o ao direito justo, qualificando-o de direito flexível. Vide, acerca desse tema, Z. Oprea: *Essai sur la notion de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 298 e s. Vide, mais especificamente e em complementação, C. Thibierge, que sustenta o apelo a um direito flexível para evocar essas novas regras, mais persuasivas que obrigatórias, RTDCiv., 2003, pp. 599 e s.

uma ordem intermediária a permitir a superação do antagonismo rousseauiano entre os costumes e a lei.¹²⁶ Uma espécie de *quase-direito positivo*, em suma, do qual será possível extrair os lineamentos, mas esta já é uma outra questão...¹²⁷

¹²⁶ O Ihl, *Le prescrit et le proscriit, A propos des usages politiques de l'outrage dans les commémorations républicaines*, in *Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, (org. J. Chevallier), p. 264.

¹²⁷ Vide nosso estudo *Entre droit et non droit, le quasi droit*, a ser publicado.