



A MORAL COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA

MORALITY AS A LIMIT ON THE PRIVATE AUTONOMY

JORGE MORAIS CARVALHO

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
Investigador do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (Cedis).
jorgemoraiscarvalho@gmail.com

Recebido em: 02.01.2016

Aprovado em: 23.08.2016

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O presente artigo busca analisar o princípio da autonomia privada, essencialmente no âmbito do direito português. Inicialmente, verifica o tratamento do tema no direito estrangeiro, com foco nas limitações impostas pelos respectivos textos legais, tendo por consideração noções tais como a função social do contrato e os interesses gerais da coletividade. Em seguida, busca obter a amplitude dos conceitos de "moral" e "bons costumes" na jurisprudência portuguesa, a fim de definir o regime jurídico aplicável.

ABSTRACT: This present paper seeks to analyze the principle behind the private autonomy, essentially within Portuguese law. Initially, the paper intends to verify how foreign law deals with the theme, focused on the limitations imposed by the correspondent legal statutes, considering ideas such as the "social function of the contract" (*função social do contrato*) and the general interests of the community. Then, it aims to obtain the extent of the concepts regarding "morality" and "good morals" within Portuguese precedents, in order to define the applicable legal framework.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada – Moral – Bons costumes – Limitações – Ordem pública.

KEYWORDS: Private autonomy – Morality – Good morals – Limitations – Public order.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito brasileiro – 3. Direito francês – 4. Direito alemão – 5. Direito italiano – 6. Direito espanhol – 7. PECL e DCFR – 8. Direito português – 8.1. Introdução – 8.2. Jurisprudência – 8.3. Sentido e alcance do conceito – 8.4. Distinção entre bons costumes e ordem pública – 8.5. Regime jurídico – 9. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A regra geral nos direitos brasileiro e português é a de que as partes, no exercício da autonomia privada, são livres de negociar e celebrar contratos, neles incluindo as cláusulas que entenderem adequadas.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada.
Revista de Direito Civil Contemporânea. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



No entanto, esta liberdade não é absoluta. Existem limites à aplicação do princípio da autonomia privada em toda a sua extensão, limites que são essenciais para a sua caracterização, uma vez que deles depende a determinação do seu verdadeiro alcance.

Os limites de fonte legal resultam, por exemplo, do art. 405.º do Código Civil Português (CCP), que reconhece o princípio da liberdade contratual, mas “dentro dos limites da lei”.

O art. 421 do Código Civil Brasileiro (CCB) também reconhece expressamente a liberdade contratual, determinando, contudo, que esta deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. As partes podem celebrar os contratos que entenderem, e neles incluir as cláusulas julgadas adequadas, mas encontram-se limitadas pelo princípio de que um dos objetivos do comércio jurídico também é a promoção de justiça social,¹ atenuando desigualdades² e assim respeitando os mais relevantes princípios constitucionais, como o da dignidade humana.³ Restringe-se o individualismo, assumindo relevo os interesses gerais,⁴ em parte representados por materializações da ordem pública,⁵ positivadas por meio de normas imperativas.⁶

O art. 421 determina que a liberdade de contratar tem de ser exercida, por um lado, *em razão* da função social do contrato e, por outro, *nos limites* da função so-

1. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Art. 421. In. AA.VV. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. vol. 1, p. 290-291. p. 291. Considera que “o contrato, como fenômeno social e economicamente situado, deve ser instrumento de implementação de valores e princípios que interessam à sociedade, com vista à promoção do seu bem-estar e desenvolvimento econômico”.
2. TOMASEVICUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 190-217, esp. p. 215. Refere que, “para compensar a sociedade pelas perdas que sofre, a função social do contrato impõe deveres no exercício desta liberdade contratual, a fim de compensar a sociedade dos efeitos que sofre decorrentes do contrato”.
3. TOMASEVICUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 200; FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 329; MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. *Anotações ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 122; e WIDER, Roberto. O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A protecção especial dos consumidores. *Estudos de Direito do Consumidor*. n. 5. 2003. p. 323-350, p. 326.
4. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 157.
5. OLIVEIRA, Carlos Santos. Art. 421. In. AA.VV. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal. 2007. vol. 1, p. 282-284. p. 282. Entende que a função social, enquanto princípio fundamental da teoria contratual, constitui “princípio de ordem pública”.
6. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 404.



cial do contrato. No primeiro caso, trata-se de limite positivo, na medida em que o próprio ato de autonomia deve ter como objetivo a prossecução da função de socialidade consagrada legalmente. Entende-se que pode estar em causa quer uma eficácia intersubjetiva, por exemplo por meio da imposição de deveres positivos às partes, quer uma eficácia em relação a terceiros ou bens que afetam ou são afetados pelo contrato.⁷ No segundo caso, trata-se de limite negativo, na medida em que se impõe o respeito pelos limites estabelecidos.⁸

A cláusula tem sido utilizada pelos tribunais no âmbito de contratos de seguro de doença, discutindo-se a validade de exclusão de algumas doenças ou a possibilidade de resolução do contrato por parte do segurador no caso de a pessoa segura atingir uma determinada idade. Já se considerou que cláusulas neste sentido não respeitavam a função social do contrato.⁹ A este propósito, pode discutir-se se o resultado não é, no fundo, a demissão do Estado do seu papel socializador, imputado agora essencialmente nas grandes empresas, tratando-se de questão bastante relevante do ponto de vista ideológico.¹⁰

O direito faz depender a validade de um contrato da verificação dos requisitos relativos ao seu objeto e ao seu fim.

Com efeito, o art. 280.º do CCP determina a nulidade quer do negócio “cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável” (n. 1) quer do negócio “contrário à ordem pública (...) ou ofensivo dos bons costumes”

7. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 218-248, esp. p. 236 e ss.
8. Eduardo Tomasevicius Filho (Op. cit., p. 202), fala em conceção positiva da liberdade e conceção negativa da liberdade. Segundo Almeno de Sá (Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil Brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXXVIII. 2002, p. 285-328, esp., p. 286), “podemos divisar na ideia de ‘função social do contrato’ duas dimensões, intimamente interligadas: por um lado, pretende-se ‘vigiar’ e moldar todos aqueles resultados que aparecem como expressão do livre exercício do poder de autodeterminação das partes – trata-se de uma dimensão negativa; por outro, visa-se impulsionar condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem a adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato – está agora em causa a sua dimensão positiva”.
9. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 211-213.
10. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 214. Judith Hofmeister Martins-Costa (Op. cit., p. 219, nota 7), defende que é necessário remover preconceitos, “um deles consistindo em identificar o ‘social’ como o ‘estatal’, como se apenas a função estatal pudesse assegurar a função estatal”.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



(n. 2). Neste preceito, o conceito de objeto abrange quer a coisa ou direito sobre que incide o contrato (objeto mediato) quer o conteúdo do contrato, ou seja, os seus efeitos jurídicos, resultantes das cláusulas acordadas pelas partes e das normas jurídicas aplicáveis (objeto imediato).¹¹ O negócio jurídico ofensivo dos bons costumes é, assim, nulo, nos termos do art. 280.º. Já se apenas o fim do negócio, comum a ambas as partes, for ofensivo dos bons costumes, o negócio jurídico também é nulo, mas nos termos do art. 281.º.

O CCB inclui entre os requisitos de validade do negócio jurídico a licitude do objeto (art. 104). O art. 166 acrescenta que a ilicitude do objeto ou do motivo determinante, quando comum a ambas as partes, gera a nulidade do negócio. A doutrina inclui no conceito de licitude a conformidade com a moral (e os bons costumes),¹² pelo que as partes se encontram limitadas por regras morais ainda que estas não se encontrem expressamente consagradas na lei.

Os conceitos de *moral* e de *bons costumes*, utilizados, neste contexto, respectivamente, nos direitos brasileiro e português,¹³ são indeterminados¹⁴ e tem de ser concretizado pelos aplicadores do direito, no sentido de verificar em que medida constitui limitação da liberdade contratual das partes.¹⁵

É o que se procura fazer neste texto. Começa-se pela análise do tratamento dado à matéria no direito brasileiro e em outros direitos, concluindo-se que, em todos eles, a ofensa da moral ou dos bons costumes constitui uma causa de invalidade

11. Neste sentido, cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 553; FERNANDES, Luís Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa: Quid Juris, 1993. p. 259; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. Coimbra: Almedina, 2007. vol. 2, p. 14; e VIEIRA, José Alberto. *Negócio jurídico – Anotação ao regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 96.
12. Neste sentido, v. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 145; e FIUZA, Ricardo. Op. cit., p. 99.
13. As referências feitas neste texto a um dos conceitos valem, no contexto da definição dos limites à liberdade contratual, para o outro. Assim, as observações finais sobre o sentido e o alcance do limite dos bons costumes no direito português são integralmente aplicáveis, na nossa perspetiva, ao limite da moral no direito brasileiro.
14. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Linguagem e direito. Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. vol. 1, p. 267-290, p. 275. Para o autor, “como a violação dos bons costumes é um conceito com uma extensão indeterminada, daí decorre que a ele são subsumíveis condutas distintas e merecedoras de diferentes valorações”.
15. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1211 (reimpressão da edição de 1985), no Código Civil. Como refere o autor “das oito menções legais aos bons costumes, seis colocam-se, em direito, no âmbito da autonomia privada”.

do negócio jurídico. Em seguida, procede-se a uma investigação da jurisprudência portuguesa sobre bons costumes como limite à autonomia privada. Por fim, define-se o conteúdo e o alcance do conceito no direito português, contrapondo-o ao de ordem pública, e descreve-se o regime jurídico aplicável.

2. DIREITO BRASILEIRO

Como já se referiu, um dos requisitos de validade do negócio jurídico é a licitude do objeto, nos termos do art. 104 do CCB. O art. 166 acrescenta que a ilicitude do objeto ou do motivo determinante, quando comum a ambas as partes, gera a nulidade do negócio. A doutrina inclui no conceito de licitude a conformidade com a moral (e os bons costumes),¹⁶ pelo que as partes se encontram limitadas por regras morais ainda que estas não se encontrem expressamente consagradas na lei.

Encontram-se, no entanto, referências à moral no Código Civil brasileiro, por exemplo no art. 883, que determina que “não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”. Desta norma pode igualmente retirar-se a conclusão de que o negócio não pode ter objeto ou fim imoral, uma vez que, se o contraente não tem direito à repetição, também não tem, por maioria de razão, direito à celebração de contrato com esse objeto ou fim.¹⁷

A contrariedade à moral implica uma contrariedade à opinião mais generalizada na sociedade, não relevando a moral de determinada religião, a sensibilidade das pessoas eticamente mais requintadas ou os sentimentos pessoais das partes ou do juiz.¹⁸

Ao intérprete cabe detetar a moralidade dominante na sociedade, utilizando como padrão a honestidade e o pudor públicos.¹⁹

Entre os exemplos de negócios imorais inclui-se o contrato excessivamente vantajoso para uma das partes, aproveitando-se da inexperiência ou necessidade urgente da outra.²⁰

16. Neste sentido, v. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 145, e AAVV. Coord. Ricardo Fiuza. Op. cit., p. 99.

17. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil – Livro III – Dos Fatos Jurídicos: Do Negócio Jurídico – Artigos 138 a 184*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 3, t. I, p. 441.

18. Idem, p. 441 e 453.

19. Idem, p. 442 e 453, referindo-se o autor também a um “senso ético comum da sociedade”, embora fazendo relevar “o sentimento geral reinante no meio social onde o fato humano se realizou”.

20. Idem, p. 453.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

3. DIREITO FRANCÊS

Nos termos do art. 6.º do Code Civil, “não podem ser derogadas, por convenção das partes, as leis que interessem à ordem pública ou aos bons costumes”. No que respeita aos bons costumes, defende-se uma interpretação extensiva da norma, não podendo ser derogados pelas partes os próprios bons costumes, ainda que não consagrados num diploma legal.²¹

A conformidade com os bons costumes não se encontra diretamente consagrada no art. 1.108, como requisito de validade do contrato, mas da leitura conjugada dos arts. 1.131 e 1.133 resulta que a obrigação que tenha causa contrária aos bons costumes não produz efeitos. Entende-se que deve ser feita uma leitura conjugada destes preceitos com o art. 6.º, impondo-se a condição negativa de o objeto do contrato não ser contrário aos bons costumes.²²

No que respeita à concretização do conceito, considera-se que os bons costumes não podem ser identificados com a moral ou com uma ética transcendental e eterna, correspondendo assim aos costumes das pessoas honestas, num espaço e num tempo determinados.²³

A associação entre bons costumes e moralidade sexual é defendida por alguns autores.²⁴

4. DIREITO ALEMÃO

O n. 1 do § 138 do BGB determina que “um negócio jurídico contrário aos bons costumes é inválido”, incluindo a lei neste conceito de bons costumes os princípios que materialmente o Direito português integraria quer na ordem pública quer nos bons costumes.

No que respeita à parte relativa aos bons costumes, reconhece-se que o ordenamento jurídico não pode impor comportamentos éticos ou morais, pelo que se estabelece apenas um mínimo ético indispensável para se poder atribuir valor jurídico aos contratos.²⁵

21. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. 3. ed. Paris: PUF, 1962. vol. 2, p. 389.

22. CARBONNIER, Jean. Op. cit., p. 386; e CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil*. 2. ed. Paris: A. Pedone, 1904. p. 38.

23. LARROUMET, Christian. *Droit civil*. Les obligations – Le contrat. 5. ed. Paris: Economica, 2003. vol. 3, p. 378, salienta que a liberalização dos costumes, na segunda metade do século XX, levou a uma considerável mudança do conteúdo do conceito de bons costumes.

24. CARBONNIER, Jean. Op. cit., p. 390.

25. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C. H. Beck, 2004. p. 733; AAVV. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada.
Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



Entende-se que esse mínimo ético (ou de valores coletivos)²⁶ corresponde ao sentimento das pessoas justas, deixando alguma margem para a sua concretização, margem que não pode, no entanto, ser utilizada pelo juiz para se ater às suas concepções subjetivas.²⁷

A esfera sexual é uma das principais fontes de reflexão em torno de negócios contrários aos bons costumes.²⁸

Tratando-se de uma cláusula residual,²⁹ só pode ser utilizada em último caso e não se sobrepõe às normas aplicáveis, devendo partir destas a consequência aplicável à sua contrariedade.³⁰

5. DIREITO ITALIANO

O art. 1.325 do Codice Civile determina que constituem requisitos do contrato o acordo das partes, a causa, o objeto e a forma. A causa é ilícita quando contrarie o bom costume (art. 1.343) e, em relação ao objeto do contrato, o 1.346 do Codice Civile estabelece que este deve ser lícito.

A contrariedade do objeto do contrato ao bom costume não constitui, assim, requisito autónomo de validade do contrato, sendo contudo integrado no conceito de licitude. Entende-se, portanto, que o objeto do contrato não é lícito quando ofenda o bom costume,³¹ o que acarreta a sua nulidade, nos termos do art. 1.418.

3. ed. München: C. H. Beck, 1993. vol. 1, p. 1136, defendem que o direito não é o único a estabelecer as regras numa sociedade, encontrando-se ao seu lado a ética, a moral e os bons costumes.

26. AAVV. *Münchener Kommentar...* cit., p. 1136. Referem estes autores que não se trata da recepção de uma moral específica, mas apenas do mínimo de valores coletivos que podem existir e existem.

27. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. Op. cit., p. 1137.

28. Idem, p. 745-746; e AAVV. *Münchener Kommentar...* cit., p. 1148.

29. AAVV. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. 65. ed. München: C. H. Beck, 2006. p. 128.

30. AAVV. *Münchener Kommentar...* cit., p. 1134.

31. Neste sentido, cfr. ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 4. ed. Padova: Cedam, 2005. p. 579; BIANCHI, Giorgio. *Nullità e annullabilità del contratto*. Padova: Cedam, 2002. p. 168; GABRIELLI, Enrico. *Loggetto del contratto – Artt. 1346-1349*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 77; CATAUDELLA, Antonino. *I contratti – Parte generale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 29; ALPA, Guido; MARTINI, Roberto. *Oggetto e contenuto. Trattato di diritto privato – Il contratto in generale*. Torino: G. Giappichelli, 1999. vol. 13, t. III, p. 333-391. p. 368; BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997. vol. 3, p. 582 (reimpressão da edição de 1987); e TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. vol. 1, p. 181.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



A doutrina associa o bom costume aos princípios sociais e morais fundamentais³² de uma sociedade, como tal respeitados pela maioria das pessoas,³³ variando com a evolução dos costumes, das práticas e das condições económicas e sociais.³⁴

Defende-se também não existir atualmente uma associação necessária entre bom costume e moral sexual.³⁵

Em relação à distinção entre bom costume e ordem pública, reconhece-se que, na jurisprudência, o primeiro é por vezes integrado no conceito da segunda, solução criticada por não ter em conta a sua referência legal autónoma.³⁶

Como critério para, em concreto, operar a distinção aponta-se a referência da ordem pública ao contexto jurídico em que o intérprete se insere e a do bom costume a uma regra moral socialmente difundida.³⁷ Defende-se, por vezes, que a avaliação do bom costume apenas deve ser feita em terceiro lugar, depois de se ter concluído que o negócio jurídico é lícito e que respeita os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.³⁸

6. DIREITO ESPANHOL

O art. 1.255 do CC estabelece que “os contraentes podem estabelecer os pactos, cláusulas e condições que tenham por conveniente, sempre que não sejam contrários (...) à moral (...)”.

32. Como assinala, Alberto Trabucchi (Op. cit., p. 182), não está em causa a violação de qualquer norma ética, devendo respeitar a deveres morais fundamentais.

33. BRECCIA, Umberto. Causa. *Tratatto di diritto privato – Il contratto in generale*. Torino: G. Giappichelli, 1999. vol. 13, t. III, p. 1-332. p. 214. O autor critica a referência a uma maioria, uma vez que “o juiz não pode ficar vinculado a pressões muitas vezes contingentes, ocasionais e manipuladas da população”.

34. ALPA, Guido. Op. cit., p. 135. Quanto ao valor da despenalização de uma conduta para efeitos de bom costume, Umberto Breccia (op. cit., p. 226), defende que a solução legislativa “pode ser um critério de orientação”, não se podendo, no entanto, concluir automaticamente que o costume deixa de ser mau.

35. ALPA, Guido. Op. cit., p. 135; BRECCIA, Umberto. Op. cit., p. 219. Entende que, “se tudo se reduzisse à moral sexual, existiria uma identificação indevida do todo com a parte”. Neste sentido, cfr. também TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., p. 182. Em obra mais antiga, do final dos anos 70, os exemplos dados por Enzo Roppo estão quase todos relacionados com uma moral ligada à família ou à sexualidade (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 185).

36. ALPA, Guido. Op. cit., p. 135.

37. BRECCIA, Umberto. Op. cit., p. 217.

38. Idem, ibidem.

Esta norma incide essencialmente sobre o âmbito da autonomia privada e não tanto dos requisitos do objeto.

Já o art. 1.275 determina que os contratos com causa ilícita não produzem efeitos, sendo “ilícita a causa quando se opõe (...) à moral”.

Em vez de se referir aos bons costumes, o direito espanhol alude ao respeito pela moral como limite à liberdade contratual das partes. Encontram-se, no entanto, referências no Código Civil espanhol aos bons costumes, no último parágrafo do art. 1.271, para dizer que o objeto do contrato apenas pode ser composto por serviços que não sejam contrários a eles, nos arts. 792 e 1.116, no que respeita a condições que não os respeitem, e no art. 1.328, a propósito do regime jurídico do casamento.³⁹

No direito espanhol, prevê-se uma clara separação entre a lei e a moral como limites à liberdade contratual, não se levantando dúvidas de que a última releva mesmo quando não exista uma lei que a positive.⁴⁰

A margem deixada ao intérprete na concretização do conceito é muito ampla, dificultando a sua tarefa,⁴¹ mas a moral não pode ser identificada com uma determinada concepção religiosa, sob pena de se pôr em causa o princípio da liberdade religiosa, nem com uma ética individual, uma vez que neste caso o critério seria subjetivo, não se alcançando o objeto de justiça.⁴²

A moral é entendida como conjunto dos princípios inspiradores da vida comunitária.⁴³ O critério normalmente apontado para caracterizar a moral é o do

39. VALDECASAS, Guillermo García. *Parte general del derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1983. p. 370. Utiliza indistintamente os dois conceitos. GETE-ALONSO, María del Carmen. La autonomía privada. *Manual de derecho civil*. Madrid: Marcial Pons, 1996. vol. 2, p. 509-526, esp. p. 535. A autora refere-se à contrariedade aos bons costumes como um limite de moralidade. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil – II – Derecho de obligaciones*. 10. ed. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. vol. 1, p. 24. Entende que é imoral o ato contrário aos bons costumes ou à moral. LÓPEZ, Manuel Jesús Marín. Requisitos Esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato. *Tratado de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. vol. 1, p. 533-663, esp. p. 605. Considera que a moral é “entendida como sinónimo de bons costumes”.

40. Neste sentido, LÓPEZ, Joaquín Ataz; CLIMENT, José Ramón Salelles. La libertad contractual y sus limites. *Tratado de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. vol. 1, p. 127-270. p. 141. Entendem que a moral apenas serve para estabelecer “limitações negativas ao conteúdo contratual não expressamente previstas na lei”.

41. GETE-ALONSO, María del Carmen. Op. cit., p. 520.

42. DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, vol. 1, cit., p. 375.

43. Idem, p. 516. GETE-ALONSO, María del Carmen. Op. cit., p. 520. Refere-se aos “princípios éticos e morais mais generalizados compostos pelas convicções ou valores de uma

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

comportamento normal da generalidade das pessoas honestas de uma determinada comunidade num determinado momento,⁴⁴ não sendo feita uma simples averiguação da opinião pública, facilmente passível de manipulação.⁴⁵

Este critério tem o problema de remeter para outro conceito de difícil determinação, o de pessoa honesta. Salienta-se, no entanto, que há um conjunto de princípios morais sobre o qual existem poucas divergências, podendo servir como limite à autonomia privada dos contraentes.⁴⁶

Admite-se, atualmente, a existência (e a relevância) de uma moral económica, devendo o direito garantir a realização de (pelo menos um mínimo de) justiça nas relações económicas entre as partes.⁴⁷

7. PECL E DCFR

Os Princípios de Direito Europeu dos Contratos (Principles of European Contract Law – PECL) tratam unitariamente dos contratos contrários a princípios fundamentais reconhecidos pelos Estados-Membros, referidos genericamente no art. 15:101 com o objetivo de abranger realidades e conceitos diversos, incluindo a moral e os bons costumes.⁴⁸

sociedade concreta, considerada num momento (tempo) e num lugar (espaço) determinados”.

44. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1992. vol. 1, p. 283. Defende que “em épocas, como a nossa, de moral muito variável, a concretização será difícil de fazer, mas a dificuldade não exige a sua realização”.
45. Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil* cit., p. 376; Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6. ed. Navarra: Civitas, 2007. vol. 1, p. 283. Refere que a causa do negócio é contrária à moral quando “o resultado prático do negócio repugne a consciência social e o considere indigno de amparo jurídico”. VALDECASAS, Guillermo García. *Op. cit.*, p. 370. Refere-se aos costumes “praticados pelo termo médio das pessoas honradas”. ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Principios de derecho civil – Contratos*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. vol. 3, p. 44. Refere-se a uma “adequação dos contratos ao sentir colectivo da comunidade”.
46. Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 376.
47. Díez-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, p. 59. AAVV *Manual de derecho civil – Contratos*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Bercal, 2003. p. 22. Os autores defendem que deve ser salientada a relevância da moral social, “já que em muitos casos sente-se a falta de uma aplicação desse limite face a alguns excessos que hoje em dia se produzem no mercado, dando lugar a situações de privilégio económico dificilmente justificáveis, ainda que sob a capa do liberalismo económico, para o cidadão comum”.
48. AAVV. *Principles of European Contract Law – Part III*. London: Kluwer Law International, 2003. p. 211.

Podem estar em causa, numa primeira linha, princípios fundamentais reconhecidos como tal a nível europeu, nos Tratados ou outro tipo de documentos (por exemplo, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), e, numa segunda, outros princípios fundamentais, desde que reconhecidos como tal pela generalidade dos Estados-Membros.

Tal como os PECL, o Projeto de Quadro Comum de Referência (Draft Common Frame of Reference – DCFR) também contém uma referência genérica a princípios fundamentais, neles se incluindo o respeito pela moral e os bons costumes.

O art. II. – 7:301 estabelece que o contrato é inválido na medida em que contrarie um princípio reconhecido como fundamental pelas leis dos Estados-Membros da União Europeia e a invalidade seja necessária para salvaguardar a aplicação desse princípio.⁴⁹

Não basta que se reconheça a existência de um princípio moral fundamental e que o contrato o ofenda, sendo também necessário que a invalidade seja a consequência mais adequada para salvaguardar a aplicação do princípio em causa. Assim, o aplicador do direito deve proceder a uma análise quer do contrato quer do princípio, avaliando se a invalidade do contrato é necessária para salvaguardar, em concreto, o respeito pelo princípio afetado.

A relevância dos princípios morais depende da existência de consenso a nível europeu em torno do seu reconhecimento.

8. DIREITO PORTUGUÊS

8.1. Introdução

A lei refere-se diretamente à ofensa aos bons costumes como fundamento geral de invalidade do negócio jurídico.

Assim, em primeiro lugar, é nulo o negócio jurídico que tenha objeto – mediato ou imediato – ofensivo dos bons costumes (art. 280.º, n. 1, do CCP).

Em segundo lugar, é nulo o negócio jurídico que tenha fim ofensivo dos bons costumes, desde que esse fim seja comum a ambas as partes (art. 281.º).

Em terceiro lugar, o negócio jurídico subordinado a uma condição ofensiva dos bons costumes é nulo (art. 271.º, n. 1). Em matéria de doação e de testamento, aplicam-se normas especiais, tendo-se por não escrita a condição ofensiva dos bons costumes (arts. 967.º e 2230.º, n. 2).

49. AAVV. *Principles, definitions and model rules of european private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition*. Munich: Sellier, 2009. p. 214.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

Em todas as normas referidas, a ofensa dos bons costumes surge como fundamento de nulidade do negócio jurídico em paralelo com a contrariedade à lei e a contrariedade à ordem pública. Trata-se, portanto, de três níveis autônomos de controlo da validade do contrato.⁵⁰

Interessa, sobretudo, perceber se faz sentido a distinção legal entre contrariedade à ordem pública e ofensa dos bons costumes, na medida em que as duas figuras são por vezes confundidas e tratadas de forma unitária. É o que sucede, por exemplo, nos PECL e no DCFR.

Os bons costumes também relevam noutras sedes, em alguns casos como limite ao exercício da autonomia privada.

Nos termos do art. 334.º, “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito se o lesado tiver consentido na lesão, mas o consentimento só é válido se não for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes (art. 340.º, n. 2).⁵¹

No âmbito da gestão de negócios, a alínea *a* do art. 465.º exige que o gestor aja em conformidade “com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, sempre que esta não seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes”.

A utilização do prédio contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública constitui fundamento de resolução do contrato de arrendamento urbano, nos termos da alínea *b* do n. 2 do art. 1.083.º.

O regime da propriedade horizontal contém uma norma próxima desta, vedando aos condóminos “destinar a sua fração a usos ofensivos dos bons costumes” – alínea *b* do n. 2 do art. 1.422.º.

Os bons costumes também são referidos fora do Código Civil.

No Código da Propriedade Industrial, estatui-se que não podem ser patenteadas (n. 1 do art. 53.º) ou objeto de modelo de utilidade (alínea *a* do art. 119.º) as invenções cuja exploração comercial seja contrária aos bons costumes, valendo a mesma

50. Neste sentido, FRADA, Manuel Carneiro da. A ordem pública no direito dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. ano IV. 2007. p. 287-300, esp. p. 288.

51. No Código Penal, o n. 1 do art. 38.º determina que, “além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”. O n. 2 do art. 149.º esclarece que, “para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa”.

conclusão para o registo de desenho ou modelo (alínea *c* do n. 1 do art. 197.º), marca (alínea *c* do n. 4 do art. 238.º) ou logótipo (alínea *c* do n. 3 do art. 304.º-H) que contenha expressões ou figuras contrárias à moral ou aos bons costumes e denominações de origem ou indicações geográficas ofensivas dos bons costumes (alínea *f* do art. 308.º).

No Código das Sociedades Comerciais, determina-se que a denominação de uma sociedade não pode conter expressões ofensivas da moral ou dos bons costumes (alínea *b* do n. 5 do art. 10.º) e que são nulas as deliberações dos sócios (alínea *d* do n. 1 do art. 56.º) ou do conselho de administração (alínea *c* do n. 1 do art. 197.º) cujo conteúdo seja ofensivo dos bons costumes.

No Código de Processo Civil, os objetos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes são absolutamente impenhoráveis (alínea *c* do art. 736.º).

Note-se que, no antigo Código do Trabalho (Lei 99/2003), o art. 117.º determinava que, “se o contrato tiver por objeto ou fim uma atividade (...) ofensiva dos bons costumes, a parte que conhecia a ilicitude perde a favor do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social todas as vantagens auferidas decorrentes do contrato de trabalho,” acrescentando o n. 2 que “a parte que conhecia a ilicitude não pode eximir-se ao cumprimento de qualquer obrigação contratual ou legal, nem reaver aquilo que prestou ou o seu valor, quando a outra parte ignorar essa ilicitude”. O atual Código do Trabalho (Lei 7/2009) eliminou a referência aos bons costumes, estabelecendo apenas, no art. 124.º, que, “se o contrato de trabalho tiver por objeto ou fim uma atividade contrária à lei ou à ordem pública, a parte que conhecia a ilicitude perde a favor do serviço responsável pela gestão financeira do orçamento da segurança social as vantagens auferidas decorrentes do contrato” (n. 1), mantendo o n. 2 a redação do n. 2 do art. 117.º do Código revogado. A alteração não pode ser entendida como permissão para que o objeto ou o fim do contrato de trabalho sejam ofensivos dos bons costumes, aplicando-se neste caso, na falta de outros elementos, o art. 280.º do CC.

O conceito de bons costumes, tal como o conceito equivalente de moral, é indeterminado. Trata-se de uma cláusula geral, que deve ser concretizada em cada caso pelo intérprete, tendo em conta as circunstâncias específicas da situação, não sendo possível nem desejável torná-la rígida.

A consagração da ofensa aos bons costumes como fundamento autónomo de nulidade do negócio tem como objetivo a existência de mais um instrumento de controlo da sua validade, neste caso tendo como referência os valores éticos basilares da nossa sociedade, garantindo o seu respeito pelas partes de um contrato.

Mesmo que a lei não regule determinada situação, impondo limites à autonomia privada dos contraentes, e a ordem pública não seja chamada a regular o caso, por

não estar em causa a salvaguarda da integridade do sistema jurídico, pode sempre recorrer-se aos bons costumes, como limite ético à autonomia privada das partes.

A definição do conceito de bons costumes e a sua contraposição em relação ao conceito de ordem pública constituem questões complexas, que dificultam a concretização.

8.2. *Jurisprudência*

Começa-se por analisar alguns dos poucos casos de discussão pelos tribunais portugueses de eventual nulidade de um contrato com base nos bons costumes.⁵²

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09.03.2004,⁵³ o tribunal discute acerca de uma cláusula que prevê que qualquer incumprimento, ainda que pouco relevante, tenha sempre como consequência a resolução do contrato e o pagamento integral da indemnização fixada, concluindo que “o negócio em si não é de modo algum ofensivo dos bons costumes. Nenhuma regra ética, nenhum princípio da boa-fé são postos em causa com a celebração do negócio aqui em apreciação. (...) Nada tem de imoral ou censurável o subordinar-se a destruição unilateral de um contrato ao seu incumprimento por uma das partes.”

Neste caso, associa-se os bons costumes à ética e ao princípio da boa fé.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.12.2005,⁵⁴ conclui-se que a fixação da cláusula penal “não consubstancia uma ofensa à equidade e à justiça, que a defesa dos bons costumes procura assegurar”.

Assim, entende-se nesta decisão que a defesa dos bons costumes procura assegurar a equidade e a justiça.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.06.2007,⁵⁵ está em causa uma situação em que “os executados eram conhecedores do crédito da exequente e

52. No sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.11.1996, Processo 96A187 (rel. Fernando Fabião), refere-se que “os ‘bons costumes’ (n. 2 do art. 280.º do CC) são regras de conduta que reflectem, em determinado tempo e lugar o conjunto de preceitos éticos e morais que então e aí norteiam as pessoas honestas, correctas e de boa fé”. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.03.2006, Processo 06B722 (rel. Salvador da Costa), defende-se (face ao art. 334.º do CC) serem “os bons costumes regras de convivência aceites pelas pessoas de bem num determinado contexto territorial, social e atual, e o fim económico e social do direito, variável consoante o tipo respectivo – real, de crédito, de família ou sucessório – decorre essencialmente dos juízos de valor que envolvem a motivação da lei”.

53. Processo 0326904 (rel. Alberto Sobrinho).

54. Processo 11243/2005-6 (rel. Olindo Geraldês).

55. Processo 3407/2007-6 (rel. Pereira Rodrigues).



de que a satisfação integral deste crédito através da execução não poderia ser obtida pelos restantes bens penhorados e, apesar disso, o executado marido decidiu doar a nua propriedade do imóvel à filha, reservando para si o usufruto.”

Defende o tribunal que, “mesmo que no caso se não verificasse uma doação caracterizável de simulada e, conseqüentemente, nula, sempre a mesma seria de haver por nula nos termos dos arts. 280.º e 281.º e por aplicação analógica do regime do art. 1286.º, por atentatória dos bons costumes, como bem se defendeu na sentença sindicada e para a qual se remete nesta parte, dada a desnecessidade de algo acrescentar.”

Neste caso, o tribunal parece equiparar bons costumes a ordem pública. O contrato é contrário à ordem pública, na medida em que atenta contra o princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico de que todos têm acesso à justiça e a uma decisão judicial eficaz. Este princípio encontra-se consagrado no art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, garantindo-se a todos o acesso ao Direito e aos tribunais, com vista a uma tutela efetiva dos direitos. Ora, admitir a validade de um negócio que tenha por objetivo anular o efeito útil da execução poria em causa o princípio fundamental referido.

Entende-se, contudo, que, sendo o contrato contrário à ordem pública, já não se justifica a análise da sua conformidade com os bons costumes, figura a que se deve apelar apenas em último recurso. Isto porque se deve considerar que um dos valores éticos fundamentais da nossa sociedade é o respeito pela ordem pública, o que significa que se pode considerar que em todos os casos em que esta é contrariada se verifica uma ofensa dos bons costumes. Assim, parece que o tribunal esteve bem ao declarar a nulidade do contrato, embora devesse ter decidido com base em fundamento diverso.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11.05.2010,⁵⁶ defende-se ser “manifesto que a partilha agride os bons costumes, correspondente em termos gerais à moral social dominante, aos valores positivos dominantes na sociedade em que estamos inseridos”, traduzindo “um meio imoral, eticamente reprovável, na medida em que exclui da sucessão da herança de J a filha, herdeira legitimária, obtendo-se dessa forma um benefício injustificado para os filhos intervenientes com prejuízo directo da ausente”. Acrescenta o tribunal que “qualquer pessoa honrada, íntegra e bem intencionada repudiaria um tal negócio” e que os intervenientes conhecem as circunstâncias do negócio, ou não as devem ignorar, que acarretam a ofensa à legítima da autora”, ofendendo “esta falta de inteireza e rectitude (...) sobremaneira a moral pública, os bons costumes de acordo com o art. 280.º, n. 2,

56. Processo 2135/04.1TBPVZ.P1 (rel. Maria Eiró).

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



do CC (cf. art. 294.º do CC),⁵⁷ merecendo a reprovação do direito e como tal o negócio é nulo.

Neste caso, também não deveria o tribunal ter resolvido a questão com base na cláusula dos bons costumes, que deve ser um último recurso, quando a lei, num primeiro momento, ou a ordem pública, num segundo momento, não resolvam a questão. Aqui, como acaba por se reconhecer implicitamente no aresto, é a própria lei que impede o conteúdo da partilha em causa, na medida em que não pode ser afastada a sucessão legitimária de um filho, independentemente de esse afastamento ser direto ou indireto. Nesta última situação, a partilha deve ser declarada nula, nos termos do art. 280.º, n. 1, por fraude à lei que impede o afastamento da sucessão legitimária.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20.2009,⁵⁸ o tribunal considera que a procuração é nula, por ter objeto contrário aos bons costumes. Refere-se que

“o circunstancialismo fáctico assente, desacompanhado de qualquer outro que nos explique porque motivo, o outorgante, numa situação de grande debilidade, devido à sua adiantada idade e ao facto de ter ficado viúvo recentemente (...), decidiu conferir poderes ao Réu, de forma a que este viesse (dois meses depois) a comportar-se nos termos descritos (...), fazendo sua grande parte ou a quase totalidade do património do primeiro, leva-nos a considerar que, face ao quadro ético vigente na nossa sociedade, este comportamento é notoriamente imoral (que mais não seja) e fere, sem dúvida, os valores inerentes e os bons costumes que nos regem. Nenhuma pessoa “de bem” leva um idoso, com mais de 90 anos de idade, sem filhos, a quem morreu a mulher sete dias antes, deixando-o (não só a morte, como a própria doença de que padeceu e levou a esse desfecho) fragilizado em termos físicos e emocionais (...) ao notário para outorgar uma procuração, com tal força e alcance, curiosamente já minutada pelo único (não se conhece outro, sendo que nada se provou que nos leve a desvendar se algum interesse haveria para o outorgante) interessado/beneficiado (...), sem que tal comportamento possa, objectivamente, ser alvo de censura por, ostensivamente, desrespeitar esse núcleo de regras éticas aceite pelas pessoas com as características *supra* apontadas”.

Neste caso, a situação fáctica apresentada pelo tribunal é moralmente reprovável, pondo em causa um valor ético fundamental da nossa sociedade, que se pode resumir na afirmação de que não é aceitável que alguém aproveite uma situação de debilidade de outrem para obter benefícios ilegítimos para si. Trata-se aqui de um exemplo em que é a causa-função do negócio jurídico, igualmente integrada no objeto, que ofende os bons costumes. Regras éticas, juridicamente relevantes pelo

57. A referência ao art. 294.º, em sede de bons costumes, parece-nos ser inadequada.

58. Processo 0825355 (rel. Maria Graça Mira).



funcionamento deste conceito indeterminado, impõem que os negócios jurídicos não desempenhem uma função eficiente inaceitável à luz dos princípios morais da nossa sociedade.

8.3. *Sentido e alcance do conceito*

Examinada a jurisprudência dos tribunais portugueses sobre bons costumes, é necessário definir que critérios utilizar para determinar se um contrato, uma cláusula deste ou o seu fim ofendem os bons costumes.

A concretização do conceito de bons costumes varia em função do contexto no qual é aplicado. Os principais elementos que podem estar na origem desta variação são o tempo e o lugar, sendo sempre necessário avaliar a contrariedade aos bons costumes tendo em conta quer o contexto histórico em que a prática se insere quer aspetos sociais, económicos ou culturais ligados a determinada zona geográfica. Assim, uma prática contrária aos bons costumes no século XV em Portugal pode já não o ser hoje, tal como um acordo respeitador dos bons costumes no Japão pode ser contrário a eles em Espanha.

Este aspeto dificulta a materialização do conceito, a qual só pode ser feita em concreto, tendo em conta todos os elementos relevantes do negócio em análise, em particular o contexto da sua celebração e os seus efeitos para as partes e em relação a terceiros. É, portanto, difícil definir à partida, desconhecendo-se as circunstâncias concretas do caso, se um contrato ofende os bons costumes.

Os bons costumes constituem um último recurso para avaliar da conformidade do contrato com os princípios éticos ou morais⁵⁹ fundamentais,⁶⁰ orientadores da vida em sociedade num determinado contexto histórico e geográfico.⁶¹

59. Note-se que, no Código de Seabra, os bons costumes apareciam com referência direta à moral. Assim, o art. 671.º estabelecia que “não podem legalmente ser objeto de contrato (...) os atos contrários à moral pública”. A aproximação entre bons costumes e moral é salientada por: CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...* cit., p. 1213.

60. Por se tratar de princípios fundamentais e de um último recurso em caso de falta de norma que regule a matéria, parece-nos que não deve aproximar-se a figura dos bons costumes à figura dos usos honestos (LEITÃO, Adelaide Menezes. *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 72).

61. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé...* cit., p. 1222. Defende que os bons costumes correspondem a uma moral social, sendo que esta “compreende regras impeditivas de comportamentos que, por hábito tradicional ou por incipiência, não têm consagração expressa mas que, na sociedade, são consideradas em vigor”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Op. cit.*, p. 288. Fala em “moral social típica”. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.03.2006, Processo 06B722 (rel. Salvador da Costa), o tribunal refere-se ao “contexto territorial, social e actual”.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



Estão em causa apenas aqueles princípios que, pela sua relevância, são absorvidos pelo Direito,⁶² sobrepondo-se autonomamente, sem necessidade de positivização, à autonomia privada das partes de um contrato.

A aplicação da cláusula geral dos bons costumes pressupõe uma análise da compatibilização de um contrato ou cláusula contratual com um princípio ético ou moral fundamental. A contrariedade aos bons costumes não pode, assim, ser invocada sem referência ao princípio ético ou moral violado.

Num primeiro momento, o aplicador do direito deve identificar o princípio ético ou moral que, pela sua relevância para a vida em sociedade, não pode ser ignorado pelo Direito. Num segundo momento, a tarefa consiste em analisar a conformidade do objeto do contrato com esse princípio. Apenas se deve concluir pela sua desconformidade no caso de ser possível considerar que o resultado é gravemente atentatório da moralidade subjacente à vida em sociedade no contexto considerado para efeitos da análise da situação concreta.

Os princípios morais suscetíveis de desencadear a aplicação da cláusula de bons costumes não podem ser rigidamente enunciados. A concretização do conceito e, em especial, a consequente conclusão no sentido da contrariedade a um princípio ético ou moral dependem de uma operação a realizar pelo aplicador do direito, que deve ponderar e avaliar os aspetos relevantes do contrato tendo em conta os valores éticos e morais intrínsecos à vida em sociedade,⁶³ concluindo se existe algum princípio atingido de tal forma que deixe de se poder considerar aplicado.⁶⁴

62. Como defende António Menezes Cordeiro, “apenas uma área bem circunscrita da moral social poderá estar em causa”, uma vez que uma juridificação desta em bloco iria retirar-lhe “o seu particular valor: o de operar como um ordenamento social não jurídico, facilitando a vida dos grupos, mas sem manietar (demasiado) as pessoas”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – Parte Geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. vol. 1, t. I, p. 708.

63. Note-se que, como referem Joaquín Ataz López e José Ramón Salelles Climent (Op. cit., p. 142-143), ao juiz cabe “atuar como intérprete dessas noções coletivas, sem se deixar levar pela sua visão peculiar e subjetiva daquilo que é ou não moral”.

64. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 306. Segundo o autor “na ponderação e apreciação do caso, naturalmente, procederá o julgador a comparações com os grupos de hipóteses já decididas anteriormente pela jurisprudência ou pela doutrina, confrontará com os fios condutores dessas decisões a situação *sub judice*, reconhecerá as identidades existentes etc.”.



Os princípios éticos e morais fundamentais podem dizer respeito a aspetos muito variados da vida em sociedade,⁶⁵ não se limitando a regras definidas por uma determinada religião.⁶⁶

Não se limitam, ou nem sequer se referem,⁶⁷ assim, ao contrário do que se defendeu de forma quase unânime durante algum tempo,⁶⁸ a uma eventual moral sexual dominante, que é, aliás, cada vez menos consensual e limitadora do comportamento dos indivíduos a esse nível.

O aproveitamento de uma situação de debilidade de outrem⁶⁹ ou a sua sujeição a situações ou práticas comumente entendidas como inaceitáveis podem constituir indícios da violação de um princípio ético ou moral fundamental. Não

65. DRAY, Guilherme Machado. Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. 1, p. 75-105, esp. p. 101. Salienta que, “mais recentemente, tem-se admitido a utilização dos bons costumes como factor de proscrição de negócios jurídicos contrários à defesa do ambiente, de protecção da natureza ou de tutela dos animais”. No âmbito do direito comercial: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31.10.2013, Processo 1317/12.7TYLSB-A.L1-2 (rel. Olindo Geraldês).

66. Como refere Jorge Henrique Pinto Furtado, “num sistema jurídico laico, será directamente o *critério sociológico* que nos ajudará a precisar esta *moral pública* – reservando-se ao *critério religioso*, numa sociedade que não prescinde da religião, a magistratura de influência que consegue moldar mais ou menos marcadamente áreas importantes do *critério sociológico*, ou desempenhar, ao menos, um papel moderador” (FURTADO, Jorge Henrique Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 453).

67. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade vs. responsabilidade – A precaução como fundamento da imputação delitual?*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 325. Assim, a autora defende que “a cláusula geral dos bons costumes apenas pode ser preenchida ou concretizada por referência ao sentido ético dominante na sociedade, deixando-se, porém, de lado uma moral transcendente e religiosa”.

68. BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Das relações jurídicas – Segundo o Código Civil de 1966*. sem editor, 1968. vol. 3, p. 188. Segundo o autor “os bons costumes reflectem as regras dominantes da moral social de uma determinada época e de certo meio, podendo, entre nós, ser identificados com as normas da moral cristã”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil...* cit., p. 709. Mesmo este autor parece ainda dar especial relevância a esta faceta dos bons costumes, quando refere que a jurisprudência “aperfeiçoou o sistema, limitando, nos termos que temos vindo a defender, os bons costumes às regras de conduta sexual e familiar”. Também: LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. vol. 1, p. 121. O autor dá como exemplo de invalidade por atentado aos bons costumes “o negócio jurídico que tenha por objeto a realização de favores sexuais”. DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 100. Dá igualmente o exemplo da “actuação sexual e familiar”.

69. O aproveitamento de uma situação de debilidade de outrem pode determinar o carácter usurário de um negócio jurídico, nos termos do art. 282.º.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



deixa, no entanto, de ter de se verificar se, em concreto, o princípio identificado é posto em causa de tal forma que se deva considerar verificada a ofensa dos bons costumes.

Em síntese, a invocação da contrariedade aos bons costumes como fundamento autónomo de invalidade de um contrato depende de um processo com duas fases. Em primeiro lugar, é necessário analisar todos os elementos relevantes do negócio e avaliar da sua contrariedade à ética e à moral dominantes na sociedade, no contexto histórico e geográfico relevante. Existindo suspeitas da contrariedade, o aplicador do direito deve, em segundo lugar, verificar se e em que medida algum princípio ético ou moral concreto é afetado pelo acordo.

Quer a alegação por uma das partes quer a decisão do tribunal no sentido da contrariedade do contrato aos bons costumes devem sempre fazer referência de forma expressa ao princípio ético ou moral fundamental da vida em sociedade afetado, fundamentando em que termos este é atingido e o grau que justifica o grave juízo de censura sobre o negócio.

8.4. *Distinção entre bons costumes e ordem pública*

A referência conjunta no art. 280.º e a associação sistemática por parte de vários autores e textos legais⁷⁰ justificam a análise específica do problema da distinção entre atentado aos bons costumes e contrariedade à ordem pública como fundamentos de invalidade.

São ambos conceitos indeterminados, que devem ser concretizados, em concreto, pelo aplicador do direito. Variam em função do contexto histórico, cultural, económico e social, não sendo possível enunciar em abstrato, sem examinar as circunstâncias específicas da situação, os casos em que se justifica a sua aplicação. Têm igualmente em comum a necessidade de uma análise tendo como referência princípios fundamentais que, pela sua relevância, se sobrepõem à autonomia privada.

No entanto, ordem pública e bons costumes distinguem-se no que respeita à natureza dos princípios afetados. A ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, en-

70. Como salienta Enzo Roppo (Op. cit., p. 186), “as fronteiras entre ordem pública e bons costumes não são nítidas”. PINTO, Paulo Mota. Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000. vol. LXXVI, p. 205-250. p. 226. Entende, a propósito de norma do Código Civil de Macau, que a referência aos bons costumes “resultará da frequente dificuldade de distinguir entre este conceito e o de ordem pública”.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



quanto os bons costumes remetem para princípios extrajurídicos, de natureza ética ou moral.⁷¹

É possível que princípios morais fundamentais também sejam princípios jurídicos fundamentais, mas, neste caso, deve dar-se prevalência à aplicação da cláusula de ordem pública, privilegiando o plano jurídico e, assim, evitando o recurso a planos ou níveis de raciocínio (de certa forma) estranhos ao Direito.⁷² Portanto, se o objeto de um contrato (por exemplo, uma cláusula) for simultaneamente contrário à ordem pública e ofensivo dos bons costumes, entende-se que deve ser salientado apenas o primeiro elemento, por ser aquele que permite uma resposta fundamentada por meio de um raciocínio jurídico.⁷³

71. FERRI, Giovanni B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 97. Associa a ordem pública a razões de ordem política e social e os bons costumes a razões de ordem ética. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé ... cit.*, p. 1222 e 1123. Defende que “bons costumes e ordem pública, dotados de núcleos conceituais próprios – Moral social e princípios fundamentais inderrogáveis – são, à partida, diferentes”. FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 844. Considera que os bons costumes “apresentam uma acentuada coloração ética, em contraste com a dimensão colectiva e organizatória da vida social que impregna a ordem pública”. FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 320, nota 1.123. Entende que, “contrariamente à ordem pública, os bons costumes não são construídos a partir de valores internos do sistema”.
72. Neste sentido, discordamos de António Menezes Cordeiro. (*Da boa fé... cit.*, p. 1223), quando o autor refere que ordem pública e bons costumes podem “ter áreas de sobreposição”, acrescentando que “o núcleo fundamental dos bons costumes é de ordem pública”. Parece-nos que o conceito de bons costumes, por tratar de princípios exteriores ao Direito, apenas deve ser utilizado quando a questão não possa ser resolvida dentro do Direito, nomeadamente por meio da ordem pública.
73. MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Ed, 2008. vol. 2, p. 501-521, esp. p. 512. O autor defende que a pena de uma cláusula penal é ofensiva dos bons costumes “quando o contrato imponha uma multiplicidade de deveres e preveja uma pena elevada por qualquer pequena falta, em termos tais que ele deva configurar-se, no seu conjunto, como um contrato opressivo ou de sujeição”. Neste caso, estando em causa o princípio fundamental da liberdade, a cláusula pode considerar-se contrária à ordem pública. OTERO, Paulo. Disponibilidade do corpo humano e dignidade da pessoa humana. *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. vol. 1, p. 107-138, esp. p. 121. Refere, entre os “três princípios gerais com importância nuclear ao nível da intervenção dispositiva sobre o corpo humano”, “a invalidade dos negócios jurídicos ofensivos dos bons costumes”, não fazendo qualquer referência à ordem pública. Ora, neste domínio, como o autor aliás reconhece (por exemplo, p. 127), podem estar em causa princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana, pelo que se pode concluir que parte

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 303-326. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



8.5. Regime jurídico

As consequências da ofensa aos bons costumes devem analisar-se em função do elemento do negócio afetado e da norma jurídica aplicável.

Se o fim do contrato, comum a ambas as partes, for atentatório dos bons costumes, este é nulo, nos termos do art. 281.º. As partes não podem ter como objetivo atentar contra princípios éticos ou morais fundamentais da vida em sociedade, determinando a lei que, se tal suceder, todo o contrato é inválido.

No n. 2 do art. 280.º, a lei também comina com nulidade o contrato que tenha objeto atentatório dos bons costumes. No entanto, admite-se que a invalidade afete apenas uma parte do negócio, nomeadamente a cláusula atentatória dos bons costumes. Se esta for pouco relevante para o equilíbrio do contrato, se sem ela se puder considerar que subsiste o consenso entre as partes e se o juízo de censurabilidade, por atentado aos bons costumes, deixar de existir sem a parte afetada, o contrato mantém-se válido. É o que resulta do art. 292.º, que estabelece que a nulidade parcial “não determina invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”.

Tratando-se de condição atentatória dos bons costumes, é necessário distinguir consoante esta seja suspensiva ou resolutive. No primeiro caso, o contrato é nulo, pois não é possível que produza efeitos sem que se verifique um atentado a um princípio ético ou moral fundamental. No segundo caso, a resposta depende, tal como na situação prevista no parágrafo anterior, da relevância da cláusula para o equilíbrio do contrato, para a subsistência de consenso entre as partes e para a possibilidade de o juízo de censurabilidade, por atentado aos bons costumes, deixar de existir sem a parte afetada. Assim, nestes casos, deve admitir-se que o contrato celebrado com condição resolutive atentatória dos bons costumes seja considerado válido, passando a vigorar como se a condição não existisse.

Noutros preceitos, o desrespeito pelos bons costumes tem consequências diversificadas, embora consistentemente no sentido de impor uma limitação.

Assim, entre outras limitações, o titular de um direito não pode exercê-lo de forma que exceda manifestamente os limites impostos pelos bons costumes, sob pena de ilegitimidade (art. 334.º), o lesado não pode consentir na lesão se tal for contrário aos bons costumes (art. 340.º, n. 2), o gestor de negócios não deve agir em conformidade com o interesse e a vontade do dono do negócio, se estes forem ofensivos dos bons costumes (art. 465.º), o senhorio pode resolver o contrato de arrendamento urbano se o prédio for utilizado contra os bons costumes (art.

dos negócios que visem uma intervenção dispositiva sobre o corpo humano é contrária à ordem pública.



1083.º, n. 2), utilização que também é expressamente vedada aos condôminos (art. 1422.º, n. 2), não podem ser patenteadas invenções ou registados desenhos ou modelos, marcas, logotipos e denominações de origem em violação dos bons costumes (cfr. Código da Propriedade Industrial), são nulas as deliberações dos sócios ou do conselho de administração de uma sociedade comercial que tenham conteúdo ofensivo dos bons costumes (arts. 56.º, n. 1, e 197.º, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais) e não podem ser penhorados bens cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes (art. 736.º do Código de Processo Civil).

9. CONCLUSÃO

Os bons costumes – ou a moral, na terminologia do direito brasileiro – constituem um limite à autonomia privada.

O objeto e o fim de um negócio jurídico, ainda que sejam conformes à lei e à ordem pública, não podem ser ofensivos dos bons costumes, sob pena de nulidade, total ou parcial, consoante o vício afete ou não o negócio na sua globalidade.

O conceito de bons costumes é indeterminado, variando em função do contexto histórico, geográfico e econômico em que é aplicado. A concretização não pode ser feita em abstrato, devendo o intérprete ter em conta todos os elementos relevantes do negócio jurídico concreto, o que impede uma definição imediata de todos os casos de ofensa aos bons costumes.

Os bons costumes constituem um último recurso para avaliar da conformidade do contrato com os princípios éticos ou morais fundamentais, estando em causa apenas aqueles que, pela sua relevância, são absorvidos pelo Direito, sobrepondo-se autonomamente, sem necessidade de positivização, à autonomia privada das partes.

A aplicação da cláusula geral dos bons costumes pressupõe a análise da compatibilização de um contrato ou cláusula contratual com um princípio ético ou moral fundamental.

É necessário, num primeiro momento, analisar todos os elementos relevantes do negócio e avaliar do seu caráter ofensivo da ética e da moral dominantes na sociedade, no contexto histórico e geográfico relevante. Existindo suspeitas, deve, em segundo lugar, verificar-se se – e em que medida – algum princípio ético ou moral concreto é afetado pelo acordo.





PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A concretização das cláusulas gerais pelo juiz a partir do exemplo da ofensa aos bons costumes na fiança prestada por parentes próximos, de Jan Schapp – *RDC* 99/15-38 (DTR\2015\10676); e
- Contratos e ordem pública, de Luiz Edson Fachin – *RDB* 37/339-340, *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 4/169-170, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 3/281-282 (DTR\2007\411).

