

compilações doutrinais

VERBOJURIDICO

CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES

E SEUS REFLEXOS NOS CONTRATOS

ÂNGELA TARANTA



verbojuridico[®]

JUNHO DE 2008

Título: CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES NOS CONTRATOS

Autor: Ângela Taranta

Data de Publicação: Junho de 2008

Classificação: Direito Civil

Edição: Verbo Jurídico © - www.verbojuridico.pt | .eu | .net | .org | .com.

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímparas pela ordem normal (princípio para o fim).

PREÂMBULO

A realização deste ensaio jurídico assenta na concretização de um estudo sobre o conceito de ordem pública e bons costumes¹ e seus reflexos nos contratos² com vista à aprovação na disciplina de Direito dos Contratos.

A metodologia utilizada na execução deste trabalho consistiu no estudo da ordem pública e bons costumes enquanto limites do Princípio da Autonomia Privada³, baseada nos contributos jurisprudenciais e doutriniais.

Com efeito, conforme elucida o autor MACHADO DRAY⁴:

Vocacionado para a violação de princípios ou vectores fundamentais do ordenamento jurídico, visando a reprodução do sistema e vedando comportamentos que o contrariem, o princípio jurídico que faz apelo à ordem pública tem sido utilizado, designadamente, para impedir negócios jurídicos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica.

¹ Determina a Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu n.º 2 do artigo 29.º que: “No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”. Elucida a Igreja Católica, *ad exemplum*: “A ética cristã reprova que seja equiparada à família uma união de um homem com outro homem, de uma mulher com outra mulher. A mesma ética reclama que a aliança matrimonial seja indissolúvel. Poligamia nunca, divórcio nunca”, criticando, também, todos os partidos que defendem o casamento entre homossexuais.

² Note-se que o contrato não respeita tão-só ao direito obrigacional, mas a todo o Direito Civil. Entenda-se, outrossim, que o Direito Civil não se identifica com o Direito Privado Civil, pois é no âmbito do Direito Privado que se destaca o Direito Civil como ramo de Direito Privado Comum. O Direito Privado é “no sector da ordem jurídica que disciplina as relações dos particulares entre si, fundadas na sua igualdade jurídica e na sua autodeterminação (autonomia privada) (cfr. K. LARENZ, *Derecho Civil – Parte Generale & 1 in op. cit.*) O Direito Civil regula a vida comum das pessoas. Os seus artigos aplicam-se a todas as pessoas a que se estenda o ordenamento jurídico português. Nestes termos, as pessoas não desempenham apenas um papel de *actores na vida jurídica*, sendo, também, objectos finalísticos desta (*in ASCENÇÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE - Direito Civil - Teoria Geral, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997*).

³ O autor OLIVEIRA ASCENÇÃO, *in op cit.*, entende que se “o homem é responsável: se promete, fica vinculado. O vínculo que traduz precisamente a relação de colaboração é a obrigação. Dos contratos derivam, pois frequentemente obrigações. Estas permitem a repartição de encargos ou prestações, a que cada um é obrigado, para a consecução dos objectivos prosseguidos”.

⁴ *Vide* DRAY, G. MACHADO, O ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, 2002, p. 101. *ob cit. in* NETO, ABÍLIO, Código Civil Anotado, 15.ª Edição, Editora Ediforum, Lisboa, 2006, p. 190.

A finalidade deste trabalho funda-se na investigação da noção de ordem pública e bons costumes reflectida nos negócios jurídicos⁵, circumspecta no ordenamento jurídico interno e externo, atendendo, também, à sua conceitualização histórica.

⁵ Mota Pinto define que: “os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes”.

O exercício de um direito, com a consciência de lesar outrem através de factos que contrariem os princípios éticos fundamentais do sistema jurídico, obriga a indemnizar os danos directa ou indirectamente causados.

Vaz Serra

CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES NOS CONTRATOS

As normas de ordem pública são normas de aplicação imperativa que visam directa e essencialmente tutelar os interesses primordiais da colectividade⁶.

A ordem pública consiste num agrupado dos princípios fundamentais⁷, reflectidos em normas de direito privado, subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a Sociedade estão fundamentalmente interessados em que predominem sobre as convenções privativas.

O conceito de ordem pública pode ser analisado sob duas perspectivas: a perspectiva da ordem pública interna, respectivamente às normas e princípios que não podem ser afastados pela vontade das partes, agindo como marco limitador à actividade individual de contratar; e sob a perspectiva da ordem pública internacional⁸ que está vinculada aos actos praticados no exterior que têm repercussão em território nacional e funciona como filtro de

⁶ COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 3.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000, p. 473.

⁷ A Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976 consagra princípios entendidos indispensáveis numa ordem jurídica, ou seja, qualquer ramo do direito tem um alicerce constitucional. Esta consagração abrange claramente o Direito Civil, fazendo com que os colossais princípios respeitantes ao homem comum auferiram assento constitucional. Isto significa que a determinação dos princípios caracterizadores do Direito Civil compreende imediatamente um exame dos preceitos constitucionais (*in* ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE - *Direito Civil - Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997).

⁸ Cfr., artigos 22.º e n.º 2 do artigo 280.º (requisitos do objecto negocial) do Código Civil.

leis, sentenças e actos em geral, impedindo sua eficácia quando proeminentes valores de justiça e moral são ameaçados.

Isto significa que as normas de ordem pública, tanto no direito interno como no direito internacional, constituem os princípios indispensáveis para organização da vida social, conforme os preceitos do direito, consubstanciando um conjunto de regras e princípios, que tendem a garantir a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade.

No Direito Civil⁹, a expressão é utilizada quando se estabelecem limites à autonomia da vontade privada¹⁰ perante valores que o ordenamento quer preservar que poderão estar consagrados ou não no texto da norma. Mormente no âmbito judicial¹¹, o conceito de ordem pública designa um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e com segurança. Na arbitragem¹², onde vigora o Princípio da Autonomia Privado, ordem pública é elemento limitador da liberdade das partes em contratar, é, também, questão delimitadora da actuação do árbitro¹³, que deve atentar para os aspectos de ordem pública ao realizar os procedimentos arbitrais e proferir sua decisão, sob pena de não se revestir de validade¹⁴.

⁹ No que se refere ao direito civil, eram exemplo de norma de ordem pública as disposições previstas no Código Civil, tais como o n.º 2 do artigo 280.: “É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”; alínea a) do artigo 465.º: “Conformar-se 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”.

¹⁰ Segundo Menezes Leitão, o Princípio da autonomia privada cifra-se na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras ou efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica. Por esse motivo a autonomia privada não se confunde com o direito subjectivo. Na autonomia privada existe uma permissão genérica de conduta, a todos os sujeitos da ordem jurídica é reconhecida esta possibilidade de produção de efeitos jurídicos. De uma forma geral esta liberdade reflecte-se em duas dimensões, liberdade quanto à celebração do contrato e liberdade quanto à fixação de conteúdo do mesmo. Ao aproveitamento desmesurado da autonomia privada segue-se a constatação de que o contrato não assentava numa igualdade jurídico-económica, mas representava, segundo M. VILLEY, “a distorção entre a teoria e a realidade”. Com efeito, chegou-se à conclusão que o Estado, no interesse colectivo, não podia permitir que a liberdade contratual se vertesse num jogo desleal, em proveito do mais forte. Essa preocupação conduziu à intervenção do Estado e à contenção da liberdade contratual, através de dois comandos: a “ordem pública” e os “bons costumes”.

¹¹ Foi na Alta Idade Média que se conheceu entre os Francos a orgânica policial, com especial destaque as medidas de Carlos Magno. Na Idade Média a defesa da ordem pública estava encarregue às comunidades, rurais ou urbanas, dos senhores feudais e dos tribunais. Quando se foram constituindo os Estados, a Polícia foi-se edificando a missão de vigilância sobre todas as esferas da vida pública.

¹² A palavra *arbiter*, do latim, significa juiz. A Arbitragem constitui uma forma alternativa de solução de litígios valorizada no universo comercial onde a celeridade das decisões (“*laudum*”) tem de acompanhar a celeridade da economia numa sociedade de consumo de massa. A Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto estabelece o presente regime jurídico da arbitragem em Portugal que regula o Princípio da autonomia privada.

¹³ Nesse sentido, a eventual infracção à ordem pública, pelas partes, na escolha da lei a ser aplicada na solução dos conflitos, deverá ter recusada sua validade pelo árbitro, no exercício de sua função, ou pelo juiz togado, se instado a intervir, tendo, ambos, competência concorrente para o ato.

¹⁴ Uma das condições essenciais para a validade da sentença arbitral é a carência, na sua prolação, de respeito aos bons costumes e à ordem pública.

Em sede de matéria contratual, um dos princípios mais valorizados e de difícil enumeração¹⁵ e classificação normativas é aquele inerente a preponderância da ordem pública, pois através dele, subordina-se à vontade individual. As questões de ordem pública, que espelham a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, são normas imperativas que devem ser reconhecidos *ex officio* pelo juiz para que se tenha a prestação jurisdicional correcta por parte do Estado-juiz.

As questões de ordem pública encontram-se no controle concreto de constitucionalidade das leis¹⁶; nas questões expressamente definidas em lei¹⁷; nas nulidades absolutas¹⁸ e de fundo, previstas nas leis substantivas.

Por bons costumes entende-se um conjunto de regras, de práticas de vida, que, num dado meio e em certo momento, as pessoas honestas, correctas e de boa fé¹⁹ aceitam comumente. Neste sentido, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes se envolver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pela Sociedade.

Alguns autores compreenderam já não haver diferença entre os bons costumes e a boa fé, porque a convicção de que a boa fé e os bons costumes seriam simplesmente

¹⁵ Tais preceitos não são susceptíveis de uma indicação exaustiva, até porque a noção de ordem pública varia com a evolução da Sociedade ao longo do tempo.

¹⁶ Tanto a inconstitucionalidade como a constitucionalidade são em sentido lato conceitos de relação que entram em linha de conta com duas realidades: uma norma infra-constitucional e uma norma da Lei Fundamental. Afirmar, assim, que o controle de constitucionalidade constitui questão de ordem pública decorre da natureza do instituto.

¹⁷ Há normas que expressamente dispõem sobre a sua condição de ordem pública, realçando que seus preceitos normativos não podem ser desconsiderados pelos sujeitos a ela submetidos, designadamente a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) consagra normas de protecção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, contemplados nos artigos 3.º e ss do mesmo diploma legal, impedindo, nomeadamente a aceitação de cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé (artigo 15.º).

¹⁸ A ordem pública e os bons costumes são ambos conceitos indeterminados que pretendem impedir abusos da autonomia privada, sob pena de o negócio se tornar nulo por força do artigo 286.º do Código Civil. As nulidades operam *ipso jure* ou *ipsa legis*, não havendo, por isso, necessidade jurídica intentar uma acção nesse sentido e podem ser declaradas *ex officio* pelo Tribunal.

¹⁹ Uma relação obrigacional está condicionada por determinados princípios gerais (quer específicos de algum ou alguns tipos de obrigações, quer comuns a todos eles), designadamente: o *Princípio da autonomia privada* ou da *autonomia da vontade* e o *Princípio da boa fé*. O Princípio da boa fé implica uma *valoração jurisprudencial ético-jurista* para a solução do litígio (*in* COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, Direito das Obrigações, 8.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000, p. 97). Ao falar-se de Princípio da boa fé é imperativo referir as situações de violação deste princípio, tais como: o abuso de direito; a relevância do interesse do credor e do devedor no vínculo obrigacional. A boa-fé constitui um princípio regeador do Direito das obrigações, com reflexos em toda a vida das relações obrigacionais. De facto, este princípio encontra-se plasmado em fases tão distintas como, a fase da formação do contrato, artigo 227.º, a fase de execução do mesmo, artigo 762.º n.º2. E, mesmo na fase pós contratual, podemos falar de deveres impostos pelo princípio da boa-fé. A boa-fé é susceptível de ser qualificada em duas perspectivas: boa fé subjectiva que traduz-se num estado de espírito (desculpável); e boa fé objectiva que corresponde à forma de conduta ou comportamento, e como tal, distinto da atitude psicológica, intelectual do estar de boa-fé. Abrange os principais da lealdade/fidelidade e da cooperação, prevalece como critério de controlo sobre o clausulado contratual (no sentido expansivo ou de compreensão) e justifica-se por uma ideia ética de solidariedade negocial.

alusões “retórico-formais, a utilizar em apoio verbal de soluções baseadas noutras latitudes”²⁰.

Esta utilização indiscriminada da boa fé e dos bons costumes sucedeu na vigência do BGB, nos seus primeiros tempos. Assim, segundo as palavras de HEDEMANN surgiu, então: “uma corrida entre as duas cláusulas; depois do predomínio inicial dos bons costumes, a, boa fé levaria a melhor”²¹. Um conhecimento mais aprofundado do sistema implícito no BGB conduziria à separação das duas noções. O Código Civil grego manteve uma referência paralela aos bons costumes e à boa fé, conduzindo a uma aplicação conjunta das duas noções. Identicamente no Código Civil português de 1966 alguma jurisprudência confirma as suas decisões com uma menção indiferenciada à boa fé e aos bons costumes.

Todavia, os antecedentes históricos dos bons costumes demonstram uma génese diferenciada da boa fé. Estes remetem-se aos *bonis mores* romanos²², cujo controlo, entregue ao censor, distinguia cuidadosamente as normas morais e as regras jurídicas, entregues ao pretor. Ora, é nestas últimas, que se deve situar a boa fé. Não foi, no entanto, directamente a partir dos *bonis mores* que os bons costumes irromperam no Código Civil de 1966. O Código Civil de Seabra estipulava como a “moral social”. Os *bonis mores* *haviam sido*, entretanto, consagrados no Direito alemão como “gute Sitten”. Um estudo linguístico rigoroso acusaria clivagens na definição de *bonis mores*, “gute Sitten” e bons costumes.

Actualmente, a noção de bons costumes, cuja ofensa estabelece motivo de nulidade do negócio jurídico, circunda “o conjunto de regras éticas”, munidas de “peso social relevante”, “aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento”, reconduzindo-se ao conceito de “moral social dominante”²³.

O juiz não deve basear-se somente nas suas próprias reflexões sobre o que os bons costumes impõem ou condenam. Uma vez que, a nulidade dos negócios jurídicos afecta os

²⁰ Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA *in* Boa fé, equidade, bons costumes e ordem pública, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1997, p. 1209.

²¹ *Vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA, *op. cit.*, 1209.

²² COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 8.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000, p. 473.

²³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1996.

interesses dos seus intervenientes, e provavelmente de terceiros, não é sensato que a validade deles fique sujeita ao critério pessoal do juiz, que as partes não podem prever, ao realizar o negócio. Ele deve atender ao que a maioria das pessoas correctas são e de boa fé entendem.

O Código Civil menciona várias vezes os bons costumes e/ou a ordem pública nos seus preceitos legais, a referir:

- O negócio jurídico subordinado a uma condição²⁴ contrária à lei ou à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes é nulo (n.º 1 do artigo 271.º);
- O negócio jurídico cujo objecto seja contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes é nulo (n.º 2 do artigo 280.º);
- Quando tão-só o fim do negócio jurídico seja contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes, o negócio apenas é nulo se o fim for comum a ambas as partes (artigo 281.º);
- Existe abuso de um direito²⁵, quando o titular exceda evidentemente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (artigo 334.º);
- O consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes (artigo 340.º);
- Na doação, as condições ou encargos física ou legalmente impossíveis, sujeitam-se às regras testamentárias correspondentes (artigo 967.º);
- A disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi especialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes, é nula²⁶ (artigo 2186.º);
- A condição incluída em testamento, contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes têm-se, injuntivamente, por não escrita, salvo o disposto no artigo 2186.º e no n.º 2 do artigo 2230.º.

²⁴ O negócio jurídico sob condição suspensiva não produz quaisquer efeitos desde a sua realização, mas tão-só a partir da verificação da condição. Uma condição resolutiva produz imediatamente os seus efeitos, os quais cessam quando a condição se verifica.

²⁵ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Janeiro de 1978 considerou que “o abuso de direito pressupõe excesso ou desrespeito dos limites axiológico-materiais, não existindo tal abuso quando se verificar excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito”. Para que haja abuso de direito é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou fim com que o titular exerce o direito.

²⁶ *Ad exemplum*, é nula a disposição em que o testador limite o direito de representação na suposição de o beneficiário ter filhos fora do casamento.

CONCLUSÃO

Parece dever acordar-se por interpretação de *ordem pública* o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a Sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam sobre as convenções privadas. Tais princípios não são susceptíveis de uma catalogação exaustiva, até porque a noção de ordem pública é mutável com os tempos.

O sentido da presença dos *bons costumes* é o mesmo da fórmula “não contrariedade à moral pública” do Código de Seabra (artigo 671.º n.º 4). Não se trata de remeter o juiz para uma averiguação empírica dos usos, pois remete-se para os *bons usos*, mas também não se faz apelo a uma ética idealista. Os *bons costumes* são uma noção variável, com os tempos e os lugares, abrangendo o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé.

Concluimos, assim, que a violação destes preceitos, que poderão estar ou não textualmente estipulados na norma legal, consubstancia a violação de dois Princípios fundamentais no Direito Civil: o *Princípio da boa fé* e o *Princípio da autonomia privada*, assumindo como efeito a nulidade do negócio jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE - **Direito Civil - Teoria Geral**, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA *in* **Boa fé, equidade, bons costumes e ordem pública**, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1997

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, **Direito das Obrigações**, 3.^a Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000

GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Vol II, Almedina, Coimbra, 2005

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, **Direito das Obrigações**, Vol. I, 5.^a Edição, Almedina, 2006

MOTA PINTO, **Teoria Geral do Direito Civil**, 3.^a Edição, Coimbra Editora

NETO, ABÍLIO, **Código Civil Anotado**, 15.^a Edição, Editora Ediforum, 2006

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, **Abuso do Direito**, Almedina, Coimbra, 1997

VÁRIOS AUTORES, **Estudos de Direito do Consumidor**, Centro de Direito do Consumo, 2003

SITES CONSULTADOS

http://www.cm-elvas.pt/gae/legislacoes/claus_contrat_ge.rl.pdf

http://www.psp.pt/psp/quem_somos/historia/esboco_historico.html

http://dn.sapo.pt/2005/02/07/tema/em_defesa_bons_costumes.html