

**REGIME DA NULIDADE DO CONTRATO POR CONTRARIEDADE
À LEI, AOS BONS COSTUMES E À ORDEM PÚBLICA.
BREVES CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DOS
ARTIGOS 273.º, 287.º E 392.º DO CÓDIGO CIVIL DE MACAU**

合同因違反法律、善良風俗及公共秩序而無效的法律制度——關於澳門民法典第273條、第287條及第392條的若干簡要評析

**Nullity of the Contract Contrary to the Law, *Boni Mores*, and
Public Order
Brief Considerations Regarding Articles 273, 287, and 392
of the Macau Civil Code**

Elsa Vaz de Sequeira

*Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Católica Research Centre for the Future of Law,
Universidade Católica Portuguesa, Portugal*

Resumo: À semelhança do artigo 280.º do Código Civil português, o artigo 273.º do Código Civil de Macau determina a nulidade dos negócios cujo objeto é contrário à lei, aos bons costumes ou à ordem pública. A interpretação deste artigo não se afigura isenta de dúvidas. Muitas são as questões que se colocam. Destacaremos apenas três:

1. Qual a relação entre o artigo 273.º e o artigo 287.º do Código Civil de Macau? Terão âmbitos de aplicação coincidentes ou, pelo contrário, versam sobre problemas distintos?
2. O artigo 273.º apenas se refere a normas de validade ou também a normas de conduta? O que equivale a perguntar se a violação de uma norma de conduta poderá conduzir à nulidade do negócio jurídico.
3. Como distinguir ordem pública de bons costumes? Se tradicionalmente se entendida que a ordem pública constituía um conceito sistemático – densificado, por isso, com recurso ao próprio sistema jurídico –, surgindo os bons costumes como um conceito extrassistemático, por mor do qual se procederia à receção no ordenamento jurídico de normas de índole social ou moral, a verdade é que mais recentemente esta visão tem sido alvo de críticas pertinentes, sustentando-se ao invés a natureza sistemática de ambas as noções. Neste quadro, torna-se imperioso perceber qual a diferença entre eles.

Palavras-chave: Nulidade do contrato; objeto do contrato; contrariedade à lei; bons costumes; ordem pública.

摘要：與葡萄牙《民法典》第280條類似，澳門《民法典》第273條規定，凡其標的違反法律、善良風俗或公共秩序之法律行為，均屬無效。然而，對該條的解釋並非毫無疑義，其中涉及諸多值得深入探討的問題。本文僅擇其三，略作說明如下：

1. 澳門《民法典》第273條與第287條之間有何關係？二者的適用範圍是否重疊？抑或各自處理不同性質的法律問題？
2. 第273條所指違法標的，是否僅限於違反構成法律行為效力基礎的「效力性規範」，抑或亦包括一般的「行為性規範」？換言之，若某一行為違反了一般行為規範，是否亦可能導致該法律行為的無效？
3. 應如何區分「公共秩序」與「善良風俗」？傳統觀點認為，前者屬於一種具有體系性的概念，其內容可藉由整個法律體系加以具體化；而後者則被視為非體系性之概念，是將社會或道德性質的規範引入法律體系的依據。但近年來，此種對立式的理解已受到不少批評，有學者主張二者實皆具有體系性，應一體理解。在此背景下，明確釐清兩者之間的界線與區別，便成為一項不可忽視的理論與實務課題。

關鍵詞：合同無效；合同標的；違反法律；善良風俗；公共秩序

Abstract: As in Article 280 of the Portuguese Civil Code, Article 273 of the Macau Civil Code establishes the nullity of contracts whose object is contrary to the law, *boni mores*, or public order. The interpretation of this article is far from being exempt from doubts, raising many questions. We will highlight just three:

1. What is the relation between Article 273 and Article 287 of the Macau Civil Code? Do they coincide in their fields of application or, on the contrary, do they deal with different problems?
2. Does Article 273 only refer to validity rules, or does it also refer to rules of conduct? This is equivalent to asking whether the violation of a rule of conduct could lead to the nullity of the contract.
3. How can public order be distinguished from *boni mores*? Traditionally, it was understood that public order was a systematic concept - densified, therefore, with recourse to the legal system itself - appearing *boni mores* as an extra-systematic concept through which rules of a social or moral nature would be received into the legal system. More recently, however, this view has been subject to pertinent criticism. Instead, it has been supported that both notions have a systematic nature. In this context, it is imperative to understand the difference between them.

Keywords: Nullity of the contract; object of the contract; contrary to the law; *boni mores*; public order.

1. Considerações prévias

I. As semelhanças entre o Código Civil de Macau e o Código Civil de Portugal são inegáveis. Relativamente ao problema objeto deste texto, há que reconhecer a identidade entre o estabelecido nos artigos 273.º, 287.º e 392.º do Código Civil macaense e o estatuído nos artigos 280.º, 294.º e 398.º do Código Civil português¹. O primeiro desses preceitos a nulidade dos negócios cujo objeto é contrário à lei, aos bons costumes ou à ordem pública. O segundo declara nulos

1 Sobre estes, v. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Comentário ao Artigo 280.º*, in *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, 2.ª ed., coord. José Brandão Proença, Ana Afonso, Elsa Vaz de Sequeira, Armando Triunfante e Fernando Oliveira e Sá, UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 835 e ss., PAULO OLAVO CUNHA, *Comentário ao Artigo 294.º*, in *Comentário ao Código Civil – Parte Geral...cit.*, pp. 888 e ss., ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário ao Artigo 398.º*, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, coord. José Brandão Proença, UCP Editora, Lisboa, 2018, pp. 25 e ss.

“os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal imperativa”. Por fim, o terceiro reconhece às partes a liberdade de fixar livremente a prestação “dentro dos limites da lei”.

Qualquer uma destas normas vem de alguma forma limitar a liberdade de autorregulação, ao não admitir a validade de um negócio que de algum modo ponha em causa uma regra injuntiva ou que desrespeite a ordem pública ou os bons costumes. A interpretação e delimitação do campo de aplicação dos preceitos elencados não se afigura, contudo, isenta de dúvidas. Muitas são as questões que se colocam. Neste escrito destacaremos apenas três.

Em primeiro lugar, importa perceber qual a relação existente entre a norma prevista no artigo 273.º e as normas preceituadas nos artigos 287.º e 392.º do Código Civil de Macau. Impõe-se averiguar até que ponto elas têm âmbitos de aplicação coincidentes ou, pelo contrário, versam sobre problemas distintos.

Em segundo lugar, cumpre questionar se a norma injuntiva que cerceia a liberdade de autorregulação e que é pressuposta nos artigos 273.º e 287.º é uma norma de validade ou poderá também ser uma norma de conduta. O que equivale a perguntar se a violação de uma norma de conduta poderá conduzir à nulidade do negócio jurídico nos termos dos artigos 273.º e/ou 287.º.

Por fim, em terceiro lugar, surge o problema da distinção entre ordem pública e bons costumes, elencados como limites à autonomia privada no artigo 273.º do Código Civil de Macau. Se tradicionalmente se entendida que a ordem pública constituía um conceito sistemático – densificado, por isso, com recurso ao próprio sistema jurídico –, surgindo os bons costumes como um conceito extrassistemático, por mor do qual se procederia à receção no ordenamento jurídico de normas de índole social ou moral, a verdade é que mais recentemente esta visão tem sido alvo de críticas pertinentes, sustentando-se ao invés a natureza sistemática de ambas as noções. Neste quadro, torna-se imperioso perceber qual a diferença entre eles.

II. De modo a facilitar o discurso e a sua compreensão, teremos por base as seguintes hipóteses:

- a) A e B celebram um contrato no qual se estabelece uma taxa de juro superior à taxa legalmente admitida;
- b) C vende a D, menor de idade, uma garrafa de vodka, contra a proibição legal de venda de bebidas alcoólicas a menores;
- c) E contrata F para matar G;
- d) H e I concluem um contrato, embora na fase pré-contratual H tenha violado o dever de informação a que se encontrava adstrito;
- e) J vincula-se perante L a votar no partido X nas próximas eleições;
- f) M obriga-se perante N a provocar o divórcio de O e P.

2. Distinção do âmbito de aplicação dos artigos 273.º e 287.º do Código Civil de Macau

I. Tanto o artigo 273.º quanto o artigo 287.º declaram a nulidade dos negócios jurídicos que de alguma maneira desrespeitem uma norma imperativa. De um ponto de vista puramente literal, a diferença entre ambos parece estar no facto de ali se reputar nulo o negócio com “um objeto contrário à lei”, ao passo que aqui semelhante desvalor é inerente aos “negócios jurídicos celebrados contra disposição legal imperativa”².

II. A expressão “objeto negocial” é tradicionalmente compreendida num sentido complexo, designando a um tempo o conteúdo do negócio e o objeto propriamente dito³. Ou seja, o conjunto de efeitos que o negócio visa produzir (objeto imediato) e a realidade sobre que recaem esses efeitos (objeto mediato). Mais recentemente, porém, vem-se sustentar que, não obstante ter sido essa a intenção do legislador, o termo “objeto” em rigor refere-se apenas ao conteúdo. Não existem “coisas” contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, impossíveis ou indetermináveis. Apenas o dever de prestar uma coisa poderá ser contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, impossível ou indeterminável. Em relação à prestação deverá distinguir-se entre o comportamento a realizar – e portanto, algo futuro, incerto e externo ao negócio – e a “prestação devida”, enquanto “conformação da obrigação negocialmente constituída”, que por natureza integra o conteúdo do negócio. À data da sua celebração, somente a “prestação devida” poderá ser alvo de um juízo de validade⁴. O que significa que apenas o conteúdo do negócio é passível de ser contrário à lei.

III. Poderá aproximar-se os dois preceitos ora em confronto, fazendo convergir o respetivo âmbito de aplicação, se se partir da ideia de que ambos proibem a celebração de negócios ao arrepio do preceituado por regras imperativas. Sob este prisma, qualquer dos artigos determina a nulidade dos negócios desrespeitadores de regras imperativas, havendo, deste modo, uma

2 Sobre este problema, v. JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Anotação ao Artigo 273.º*, in Código Civil de Macau – Anotado e Comentado, volume IV, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 201b 8, pp. 195 e ss.

3 V. Acórdão de última Instância da Região Administrativa Especial de Macau de 30-07.2015 (proc. n.º 44/2015).

4 V. MIGUEL BRITO BASTOS, *Autodeterminação Negocial e Cpntrariedade a Normas Injuntivas*, Relatório de Mestrado na Menção de Ciências Jurídicas no âmbito da Disciplina de Direito Civil III/IV-A sob a Regência do professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, s/ed., Lisboa, 2011, pp. 30-32.

complementaridade entre eles^{5/6}.

III. Percebe-se semelhante entendimento. Com efeito, nas duas normas reage-se contra a violação de normas imperativas. Cessam, porém, aí as similitudes. Não basta olhar apenas para a realidade violada – neste caso, a norma imperativa –, mas importa igualmente ter em consideração a realidade violadora. E é justamente aqui que se deteta a diferença entre as normas em confronto: o artigo 273.º estabelece a nulidade do negócio com um conteúdo contrário a uma norma injuntiva, por contraposição ao artigo 287.º, que estatui a nulidade dos negócios celebrados contra uma proibição legal. As estatuições de ambas as normas são idênticas. As suas previsões, pelo contrário, divergem. A do artigo 273.º diz respeito ao conteúdo do negócio; a do artigo 287.º ao ato de celebração de tal negócio. Ali responde-se ao problema colocado pelos negócios com conteúdo contrário à lei, aqui dá-se a solução-regra para o caso de ser concluído um negócio, não obstante a proibição legal da sua celebração nesses moldes⁷.

Neste sentido aponta desde logo a letra da lei. Não obstante a forma imperfeita adotada pelo artigo 273.º – que optou por se referir em termos amplos ao “objeto negocial”, em vez de se ater simplesmente ao conteúdo negocial de que efetivamente trata –, não há como negar que textualmente o artigo 287.º alude à “celebração do negócio” e não ao respetivo objeto ou conteúdo.

Por outro lado, cabe sublinhar que interpretação diversa dos preceitos conduz a um resultado interpretativo de adequação duvidosa. Basta pensar que, se assim fosse, o artigo 287.º seria absolutamente inútil, carecendo por isso de justificação material para a sua vigência. Mais, indiciaria uma má técnica legislativa, por consubstanciar uma repetição desnecessária e desprovida de préstimo. Ora, o n.º 3 do artigo 8.º do Código Civil de Macau manda o intérprete presumir que “o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

Tudo somado, isto parece querer dizer que os preceitos em observação efetivamente versam sobre problemas distintos, tendo por isso campos de incidência diferenciados.

5 V. HEINRICH EWALD HÖRSTER e EVA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 578, JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Anotação ao Artigo 287.º*, in *Código Civil de Macau – Anotado e Comentado*, volume IV, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2018, pp. 399-400.

6 V. Acórdão de última Instância da Região Administrativa Especial de Macau de 30-07.2015 (proc. n.º 44/2015).

7 MIGUEL BRITO BASTOS, *ob. cit.*, pp. 29 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES, *A Nulidade do Negócio Jurídico por Contrariedade à Lei (Artigos 294.º e 280.º do CC): Normas de Conduta e Normas*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, II, coord. António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 168-169, 186 e ss.

O artigo 287.º está preenchido sempre que se firme um negócio proibido ou vedado por lei. “Inclui todos os casos de violação de normas legais que em absoluto, ou na presença ou ausência de determinadas condições objetivas ou subjetivas, direta ou indiretamente, vedam a própria celebração do contrato”⁸. A norma imperativa é violada sempre que seja praticado o ato por ela proibido, que neste caso é a própria celebração do negócio. Em causa está, portanto, uma restrição à liberdade de celebração. É a situação descrita na hipótese b), da venda de bebidas alcoólicas a menores.

O artigo 273.º/1, por sua vez, aplica-se aos casos em que os efeitos a produzir pelo negócio são contrários à norma injuntiva. A desconformidade à lei não está na conclusão do negócio, mas nos efeitos que este visa gerar, designadamente, na constituição da obrigação de prestar algo vedado por lei. O artigo 273.º não limita a liberdade de celebração, mas tão-só a liberdade de estipulação⁹. Assim acontece na hipótese a), com a fixação de uma taxa de juro superior à legalmente permitida.

IV. Uma nota final para sublinhar que a avaliação da contrariedade à lei – do conteúdo do negócio ou da sua celebração – implica que se afira se as razões determinantes da injuntividade da norma se verificam no caso concreto. Se assim for, o negócio será nulo. Se tal não acontecer, então a autonomia privada deverá prevalecer¹⁰.

3. Contrariedade à lei: Normas de validade e normas de conduta

I. Como acabou de ser salientado no ponto anterior, a análise dos negócios contrários a normas imperativas obriga a ter em consideração a realidade violadora – conteúdo do negócio jurídico, no artigo 273.º, ou o ato de celebração, no artigo 287.º –, mas também a realidade violada, que neste caso será uma norma injuntiva. Ora é precisamente neste âmbito que se coloca a questão que agora interessa analisar: a da natureza da norma desrespeitada. Concretamente, discute-se se a norma violada tem de ser uma norma de validade ou se poderá ser uma norma de conduta.

Antes de se avançar, importa esclarecer estes dois conceitos. Entende-se por

8 V. JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 189.

9 V. JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 182-198, MIGUEL BRITO BASTOS, *ob. cit.*, *passim*, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 1229, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 147 e ss.

10 V. MIGUEL BRITO BASTOS, *ob. cit.*, p. 26.

norma de validade a norma secundária que, ao habilitar os respetivos destinatários a criar outras normas, define as condições que devem ser respeitadas nessa criação, de modo a garantir a regular formação da vontade negocial e a conformação do conteúdo do negócio aos valores essenciais do sistema jurídico; surgindo como norma de conduta, toda a norma primária que visa modelar ou regular certos comportamentos, seja para prevenir seja para reparar eventuais consequências danosas. A violação de uma norma de validade gera a invalidade do ato, enquanto o desrespeito por uma norma de conduta dá azo em regra a responsabilidade civil e/ou penal. Tanto o artigo 273.º quanto o artigo 287.º são normas de validade. A dúvida que se levanta é se a norma injuntiva a que ambos se referem e que é erigida a padrão de validade do negócio é ela própria também uma norma de validade ou antes uma norma de conduta¹¹.

II. No que concerne ao artigo 273.º do Código Civil de Macau, afigura-se relativamente pacífico que a “contrariedade à lei” fundamento para nulidade do negócio se pode concretizar na violação de uma norma de validade. O que está aqui em causa é a delimitação dos efeitos permitidos por lei ao negócio ou, por outras palavras, a definição do âmbito da liberdade concedida a todos para autorregular os seus interesses. As normas que desempenham semelhante função são, como se viu, as normas de validade. Por isso, percebe-se que estas constituam critério de aferição da validade do conteúdo do negócio jurídico. Será o caso, designadamente, da hipótese a), mas também de um contrato de arrendamento em que se estabelece a exclusão de alguma das formas de cessação do mesmo permitidas por lei ou que admita uma forma de cessação legalmente proibida.

O problema não é tão simples no tocante às normas de conduta. A questão tem surgido a propósito dos negócios que preveem nos seus termos o incumprimento de uma norma de conduta, como sucede na hipótese c), em que E contrata F para matar G. Neste contrato, uma das partes (F) obriga-se a adotar um comportamento ilícito (matar G). Não se contesta que tais negócios são nulos, apenas se indagando qual o fundamento legal para semelhante desvalor: o disposto no artigo 273.º – por contrariedade à lei do conteúdo do negócio – ou, diversamente, o preceituado no n.º 1 do artigo 392.º, quando declara que as partes podem fixar livremente a prestação, “dentro dos limites da lei”¹². Sob este prisma, a contrariedade à lei não residiria no conteúdo do negócio, mas na prestação. Subjacente a esta conceção está uma visão analítica do fenómeno, por mor da qual cabe distinguir a obrigação constituída pelo negócio – e, por isso, efeito deste

11 V. JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 169 e ss.

12 Sobre a relação entre o artigos 392.º e 273.º do Código Civil, v. JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Anotação ao Artigo 273.º*, in Código Civil de Macau – Anotado e Comentado, volume VI, Centro de Formação jurídica e Judiciária, Macau, 2020, p. 24.

– e o objeto dessa obrigação: a prestação. A obrigação em si mesma não viola a norma de conduta. Se E contrata F para matar em G, o eventual surgimento da obrigação de F matar G não determina a violação da norma que prevê o crime de homicídio. Essa violação só ocorrerá no momento da execução da prestação. Mas, se assim é, isso quer dizer que a contrariedade à lei será da prestação e não do conteúdo do negócio. De um ponto de vista legal, isso equivale a afirmar que a nulidade do negócio advém do n.º 1 artigo 392.º – por a prestação não respeitar os limites da lei – e não do artigo 273.º. Dando um passo adiante, isto significa que o artigo 273.º apenas contemplaria a hipóteses de violação de normas de validade. A invalidade de um negócio por desrespeito de uma norma de conduta só seria possível no âmbito do artigo 287.º – quando o ato ilícito fosse a celebração do próprio negócio – e do artigo 392.º, n.º 1, na hipótese de a ilicitude se reportar à prestação objeto da obrigação a cargo do devedor¹³.

Confessam-se as maiores dúvidas quanto a esta visão. Sem se contestar de modo algum a distinção concetual entre obrigação e prestação, julga-se que a ela não corresponde uma separação de regime com contornos tão rígidos quanto aqueles pressupostos pela orientação em apreço. Desde logo, a prestação é o objeto dos deveres e poderes que compõem a obrigação e o correspondente direito de crédito. Uma existe enquanto tal por referência aos outros. Por outro lado, de uma perspetiva valorativa, pensa-se não ser juridicamente sustentável aceitar a constituição válida de uma obrigação à prática do ilícito. Dois fundamentos se apresentam a corroborar esta ideia. Em primeiro lugar, a própria norma injuntiva que veda certo comportamento. Ela emite vários comandos: não só proíbe a prática do ato, como retira do âmbito da autonomia privada ou da liberdade de autodeterminação a possibilidade de se constituir uma obrigação à realização do comportamento proibido. Na verdade, seria de difícil compreensão que a norma proibitiva vedasse o ato, mas admitisse a constituição de obrigações à sua prática. Em segundo lugar, ainda que assim não se entenda, uma cláusula negocial com esse teor não poderia ser válida por colocar em causa o sentido de dever-ser subjacente ao ordenamento jurídico, violando dessa forma a eticidade imanente ao sistema. Por outras palavras, atentaria contra os bons costumes. Por um caminho ou por outro, o ordenamento jurídico não reconhece validade ao negócio que pretende constituir a obrigação de praticar um ato ilícito.

Do exposto retira-se a possibilidade de uma norma desempenhar a um tempo um duplo papel: o de norma de conduta e o de norma de validade. Assim acontece quando o Direito associa a invalidade do negócio a casos em que houve preterição de normas de conduta¹⁴. O que parece querer dizer que a “lei” a que

13 V. MIGUEL BRITO BASTOS, *ob. cit.*, pp. 33 e ss.

14 V. JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 173 e 191.

alude o artigo 273.º será sempre uma norma de validade. O que não significa, contudo, que uma norma de conduta não possa em simultâneo constituir um parâmetro de validade, reunindo em si os dois atributos¹⁵. No artigo 273.º, contudo, apenas releva o padrão de validade.

III. O artigo 287.º, por seu turno, surge como uma norma de validade que pressupõe a violação de uma norma de conduta. No fundo, ele vem considerar nulo – e, por isso, inválido – o negócio cuja celebração constitui um ato ilícito por violação da proibição legal de não celebrar o ato ou em que se verificou a inobservância de uma imposição legal na sua conclusão (a preterição de uma determinada formalidade essencial). Ele propõe-se acrescentar uma dimensão de validade a certas normas de conduta: aquelas que proíbem a prática do ato naqueles moldes (como sucede na hipótese b)). Em rigor, talvez tal não fosse necessário, pois crê-se emanar da própria norma que proíbe a celebração do negócio a invalidade do mesmo em caso de desrespeito pela proibição¹⁶.

Por vezes, indaga-se se o aí preceituado não cobre igualmente as situações em que a violação da norma de conduta opera aquando da celebração de um negócio jurídico (mas sem ser o próprio ato de celebração). Pense-se na hipótese d), ou seja, no incumprimento de um dever pré-contratual por um dos contraentes. Em tal cenário, não obstante uma eventual responsabilidade pré-contratual, pergunta-se se o negócio celebrado deverá ser nulo, nos termos do artigo 287.º, por violação da norma de conduta imperativa¹⁷. Julga-se, contudo, que isso implicaria alargar desmesuradamente e sem fundamento jurídico para tal o âmbito de aplicação do artigo 287.º, acabando por redundar numa indistinção conceptual e valorativa entre invalidade e ilicitude. É verdade que este preceito dota algumas normas de conduta de uma dimensão normativa de validade. Mas é igualmente certo que não o faz em termos genéricos. Pelo contrário, circunscreve as normas de conduta que beneficiam dessa dimensão: as que vedam a conclusão do negócio (em si mesmo ou por não atender às formalidades essenciais impostas por lei). Ou seja, aquelas em que a conduta proibida é o próprio negócio. Se a lei proíbe o negócio e se, não obstante, as partes o celebram, é congruente que a esse negócio não seja reconhecida validade, sob pena de se estar a atribuir efeitos jurídicos a um ato proibido. Relativamente às demais normas de conduta, por vedarem ou imporem comportamentos que em si mesmos não são a celebração do negócio,

15 V. JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 169, 191.

16 Referindo-se ao §134 do BGB – correspondente ao artigo 287.º do Código Civil de Macau –, WOLF e NEUNER vem sustentar que o preceito em causa serve justamente para dar relevância civil a proibições não civis, nomeadamente proveniente do Direito Penal ou do Direito Administrativo. V. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 11.ª ed., München, 2016, C.H.Beck, p. 545.

17 V. JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 173.

parece carecer de sentido apreciar a sua infração à luz de parâmetros de validade. O que está em causa é tão só um problema de ilicitude e, consequentemente, de eventual responsabilidade civil e/ou penal. Por isso, na hipótese d), a preterição de um dever pré-contratual não constitui fundamento para declarar a nulidade do negócio celebrado, nos termos do artigo 287.º. Isso não quer dizer, porém, que o negócio seja necessariamente válido. Ele poderá ser anulável, por exemplo, por erro ou dolo, se tiver havido incumprimento de um dever de informação.

4. Distinção entre ordem pública e bons costumes

I. O artigo 273.º do Código Civil de Macau estipula a nulidade do negócio jurídico cujo objeto viole a ordem pública ou os bons costumes. Tradicionalmente, imputa-se a qualquer um destes conceitos uma função puramente negativa. O que vale por dizer que o seu teor é estritamente proibitivo, vedando certos comportamentos, mas não prescritivo, por não impor a adoção de uma conduta.

Ambos os conceitos são indeterminados, necessitando, por isso, de ser densificados para poderem ser aplicados ao caso concreto. Discute-se se a diferença entre eles se descobre na sua natureza ou no respetivo conteúdo¹⁸.

II. Na origem da cláusula dos bons costumes parece estar uma remissão para as boas práticas levadas a cabo pela sociedade, ou seja, para normas sociais tidas por boas pelo sistema. O facto de a palavra *mor* (ou *mores*) ter duplo significado – quer como costume quer como moral – pode estar na base de toda a hesitação em torno da interpretação do conceito ora em análise e justificar a constante associação entre bons costumes e regras morais. O início da codificação parece atestar isto mesmo. Admitindo a sua incapacidade para cobrir todos os problemas e compilar todas as soluções até então aplicadas, é a própria lei a remeter para o direito consuetudinário, conferindo-lhe valor legal. Era, por conseguinte, uma forma de incorporar no sistema legal os costumes compatíveis com as linhas enformadoras daquele e, por isso, tidos por bons. Na base desta remissão aparenta estar uma conceção positivista e legalista do Direito, não reconhecendo valor autónomo ao costume¹⁹. Com o passar dos tempos – caracterizados pelo acréscimo exponencial

18 Sobre estes conceitos, v. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Bons Costumes enquanto Limite à Autonomia Privada: Estudo Preliminar*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Pinto Monteiro, volume I: Direito Civil, Studia Iuridica 112, Ad Honorem - 9, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2023, pp. 1117-1140, e in IV Encontros de Direito Civil – Limites à Autonomia Privada, Universidade Católica Editora, 2023, pp. 63-94, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Em Tema de Ordem Pública*, in Católica Talks – Conceitos Indeterminados e Cláusulas Gerais, coord. Elsa Vaz de Sequeira, UCP Editora, Lisboa, 2024, pp. 177 e ss.

19 V. JHERING, *Zweck im Recht*, Leipzig, 1886, pp. 53-54. V. ainda JACOBI, *Recht, Sitte und Sittlichkeit*,

da atividade legislativa, abarcando praticamente todas as dimensões da vida, pela aceitação do costume como fonte imediata de Direito e dos usos como mediata (v.g. artigo 2.º do Código Civil de Macau) e pela dissociação entre lei e Direito –, o conceito de bons costumes passou a cumprir outras funções: a de permitir a aplicação nas relações entre privados dos princípios imanentes ao sistema, nomeadamente os direitos e princípios fundamentais, e a de complementar esse sistema, suprimindo eventuais incompletudes ou lacunas.

III. A diferença de papeis desempenhados pelos bons costumes ao longo da história explica a existência de duas correntes de pensamento relativas à distinção entre bons costumes e ordem publica:

De acordo com a primeira orientação, a ordem pública surgiria como um elemento sistemático, correspondente ao conjunto dos princípios fundamentais e estruturais do ordenamento jurídico, mormente com assento constitucional. Diferentemente, a previsão dos bons costumes já constituiria um elemento extrassistemático ou metajurídico, emergindo assim como uma cláusula de receção no sistema jurídico de normas oriundas de outras ordens normativas. A solução do caso não seria ditada pelos bons costumes em si mesmos, mas pela norma acolhida no Direito por seu intermédio. O que significa que estes não seriam fonte imediata de tal solução, mas mera fonte mediata. Sob este prisma, a previsão dos bons costumes cumpre a um tempo uma dupla função: a de receção de normas não positivadas ou de índole não jurídica e a de triagem dessas mesmas normas.

Dentro desta corrente de pensamento é possível divisar diversas concepções, sendo que a divergência entre elas radica essencialmente na natureza das normas recebidas no sistema jurídico por meio da cláusula dos bons costumes. Para uns, serão normas de Direito Natural, para outros, normas sociais²⁰ ou costumes e, para outros ainda, normas de moral social (por só ter em consideração o comportamento externo e não, como a moral ideal, absoluta ou estrita, as intenções do agente)²¹.

in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41, Jena, 1900, pp. 78 e ss, 93 e ss., em especial 95, 108-109, V. ROTH-STIELOW, *Die guten Sitten als Aktuelles Auslegungsproblem*, in Juristische Rundschau, 1965, Heft 6, p. 211. V. ainda HERZOG, *Zum begriff der "guten Sitten" im bürgerlichen Gesetzbuche*, Breslau, 1910, pp. 114 e ss.

20 V. ROTH-STIELOW, *ob.cit.*, pp. 211-212, TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main, 1971, p. 23. Sobre até que ponto o preenchimento da cláusula dos bons costumes deve assentar numa análise empírica das valorações da sociedade, v. *Verwaltungsgericht Berlin Urteil* 1.12.2000, 35 A 570.99.

21 V. LARENZ, *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, in Juristen-Jahrbuch, 7. Bd., Köln-Marienburg, 1966-1967, pp. 104 e ss., ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 9.^a ed., München, 2021, p. 1672. V. ainda GIERKE, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, pp. 168-169, REGELSBERGER, *Pandekten*, Bd. 1, Leipzig, 1893, pp. 540-541, LOTMAR *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1896, *passim*, em especial pp. 64 e ss., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II,

Esta última proposta goza de ampla aceitação em Portugal, onde não raro se identifica os bons costumes com “o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento”²². Segundo esta visão, a remissão para os bons costumes seria o meio utilizado pelo legislador para juridificar normas de índole moral. Por vezes, sem se negar a natureza moral das regras destinatárias da remissão constante na cláusula dos bons costumes, limita-se, contudo, o seu âmbito, de maneira a evitar a juridificação em bloco da moral, retirando a esta “o seu particular valor, ou seja, o de operar como um ordenamento social não-jurídico”. O que equivale a dizer que apenas algumas destas regras são reconhecidas pelo Direito, “mas que, por razões de circumspecta tradição, nunca refere de modo expresso”. Estariam nestas condições oscódigos de conduta sexual, familiar e de cariz deontológico²³.

Para a segunda orientação, ambos os conceitos são sistemáticos, sendo, por isso, densificados com recurso ao próprio sistema jurídico. O que equivale a afirmar que também o preenchimento da cláusula dos bons costumes é feito com base no Direito e não noutras ordens normativas. Isto significa proclamar, por um lado, a autossuficiência do sistema jurídico – por a determinação desta cláusula ser levada a cabo com recurso a elementos internos – e, por outro lado, que a solução do caso concreto provém exclusivamente do conteúdo de tal conceito e não de uma norma de origem extrajurídica acolhida no ordenamento por seu intermédio. Os bons costumes surgem aqui como uma fonte imediata da solução do caso concreto. Os elementos internos integradores da cláusula dos bons costumes são descobertos nos princípios constitucionais – máxime os direitos fundamentais –, nos princípios imanentes ao sistema e/ou na eticidade subjacente ao sistema²⁴.

A ausência de uma moral aceite por toda a sociedade, verificando-se antes, em alguns domínios, uma relativa fragmentariedade, explica que Larenz defenda que o preenchimento de “pautas carecidas de valoração”, como é o caso dos bons costumes, deva ser feito à luz da Constituição e dos princípios nela consagrados.

Coimbra, 2003, p. 334. Orlando DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012, p. 116, identifica bons costumes com “os ditames da moral pública ou externa”.

22 V. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed, revista por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 559.

23 V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 202, pp. 597-598.

24 V. ROTH-STIELOW, *ob. cit.*, p. 212, ARMBRÜSTER, *ob. cit.*, pp. 1674-1675, 1679, STAUDINGERS / SACK e FISCHINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch I – Allgemeiner Teil - §§ 134-138; ProstG, Berlin, 2017, pp. 360, 366-367, 392 e ss, PAWLOWSKI, *Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral*, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 50, n.º 4, 1964, p. 513. V. ainda *Verwaltungsgericht Berlin Urteil* 1.12.2000, 35 A 570.99.

“As valorações da Constituição influem decisivamente na interpretação de algumas cláusulas gerais, sobretudo a dos «bons costumes»”²⁵. É, aliás, entendimento corrente ao nível do Direito constitucional que o preenchimento de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como o de bons costumes, é um dos meios utilizados pelo legislador para garantir a vigência dos direitos fundamentais nas relações entre entidades privadas²⁶. Independentemente de se professar a teoria da eficácia mediata ou a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, a verdade é que se tem reconhecido a esses conceitos flexibilizadores do Direito Civil o papel de disseminação da eficácia destes direitos às relações jurídico-privadas. Por seu intermédio verifica-se assim a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações intersubjectivas que mantêm entre si.

O apelo a uma interpretação conforme à Constituição – ou, se se preferir, a uma conformação constitucional do conceito em estima – busca arrimo desde logo no facto de estar em causa uma compressão ao princípio da autonomia privada, normalmente tido como um direito fundamental (seja por se encontrar formalmente previsto – ainda que indirectamente –, seja por ser materialmente constitucional). Seria de difícil justificação que uma restrição a um direito fundamental proviesse de uma norma não jurídica. A posterior juridificação de tal comando, por meio da invocação da cláusula dos bons costumes, não seria suficiente para arredar semelhante conclusão, dada a natureza ordinária da pretensa norma habilitante.

IV. Como se teve oportunidade de referir, julga-se que a primeira conceção corresponde à origem do conceito de bons costumes. A sua evolução, no entanto, acabou por o conduzir para um conceito sistemático, que desempenha duas funções: uma função flexibilizadora e uma função complementadora do sistema. Eles expressam a eticidade normativo-sistemática, ou seja, o sentido de dever-ser subjacente ao sistema. “Bons costumes” é a designação dada pelo legislador para se referir às normas jurídicas silenciosas, aquelas que não se encontram expressamente formuladas, mas que decorrem da eticidade que subjaz ao próprio sistema.

Isto não significa a recondução – total ou parcial – do conceito de bons costumes à noção de ordem pública. Ainda que tanto a ordem pública como os bons costumes tenham arrimo nos princípios jurídicos fundamentais e imanentes ao sistema, a área de incidência daquela é distinta da destes.

V. A ordem pública respeita à estrutura organizacional da sociedade,

25 V. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, traduzido por José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 407, 695.

26 V. JORGE MIRANDA/J. PEREIRA DA SILVA, *Anotação ao artigo 18.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, I, coord. Jorge Miranda e Rui Medeiro, Lisboa, 2017, p. 247.

com vista ao regular funcionamento da vida em comunidade, abrangendo aspetos “marcadamente técnico-organizacionais”²⁷. Agrega os “princípios e valores fundamentais para a salvaguarda da coexistência social e indispensáveis para a paz jurídica que todos os seus membros devem atender, independentemente de afloramentos positivos”, constituindo uma “cláusula de salvaguarda”, de aplicação subsidiária²⁸. É isto, aliás, que resulta do n.º 2 do art. 12.º do anteprojeto de Código Civil português da autoria de Vaz Serra. Aí consideram-se como de ordem pública, “entre outras, as leis penais ou as que cominam penas civis, as relativas à organização geral do Estado e aos interesses superiores que lhe cumpre defender, as que se destinam a garantir a independência e a boa conduta dos funcionários ou o funcionamento regular dos serviços públicos, as respeitantes ao estado das pessoas ou à organização da família na medida em que procuram satisfazer o interesse geral, as que salvaguardam a integridade e a independência da pessoa humana ou protegem os fracos ou imprevidentes, as que têm por fim garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que estabelecem as regras fundamentais da organização económica”. No âmbito negocial, CARNEIRO DA FRADA considera que integra a ordem pública o que se poderia chamar “o estatuto ou o enquadramento genérico da autonomia privada e da liberdade contratual”, o qual compreende as normas relativas à capacidade das partes, ao processo de formação dos contratos, aos pressupostos da sua validade formal, à boa fé ou que “recolham alguns critérios hermenêuticos fundamentais”²⁹. A hipótese e) surge assim como um exemplo de um negócio cujo conteúdo é ofensivo dos ditames da ordem pública, padecendo por isso de nulidade nos termos do n.º 2 do artigo 273.º. O mesmo com a renúncia ao direito a submeter a tribunal questões futuras ou a renúncia ao seus direitos de participação política.

VI. Ao passo que os bons costumes já concernem à dimensão ética da vida em sociedade. A última hipótese elencada – a hipótese f) – constitui um caso característico de ofensa aos bons costumes, sendo o negócio em causa nulo, de acordo com o preceituado no artigo 273.º, n.º 2. De referir neste âmbito como situações típicas de ofensa aos bons costumes, os negócios em que se acorda uma excessiva limitação da liberdade de um dos contraentes – seja a liberdade pessoal, a liberdade de exercício de atividade económica, a liberdade de exercício de profissão ou a liberdade de exercício de atividade artística – ou em que o devedor se obriga a incumprir um dever perante o correspondente credor ou em que faça depender o cumprimento do dever a que se achava previamente vinculado do pagamento de uma retribuição indevida. Em Portugal, os tribunais

27 V. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Ordem Pública no Direito dos Contratos*, in Forjar o Direito, Almedina Coimbra, 2015, 2019, p. 97.

28 V. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, pp. 94-95.

29 V. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, pp. 100, 103.

têm convocado a cláusula dos bons costumes para obstar à validade dos negócios que procedem à alienação de um bem do património da sociedade por um valor consideravelmente inferior ao seu valor real.

Esta figura também é amiúde convocada para justificar a nulidade dos contratos de prostituição. Cabe, no entanto, alertar para o facto de atualmente se questionar a adequação deste tipo de avaliação. Subjacente à nulidade do negócio estão ou considerações de ordem exclusivamente moral – e, por conseguinte, não jurídicas – ou a tentativa de proteger a pessoa contra si mesma. O que tem sido visto como uma inversão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e até da dignidade humana, ao suprimir-se a liberdade de decisão. A possível invalidade do contrato assentará muito mais no propósito de conferir proteção ao contraente mais frágil do que numa avaliação do mérito ou demérito do objeto negocial. Mas, mesmo sob este prisma, a nulidade do negócio dificilmente se revela idónea a tutelar o contraente mais fraco. Basta pensar que tal implica a inexistência do direito ao pagamento, a ausência de inscrição na segurança social como trabalhador(a) por conta doutrem ou como profissional liberal e, por arrastamento, a inexistência de subsídio na doença ou de desemprego. Isto explica que o legislador alemão tenha recentemente optado por legalizar este tipo de atividade.

VII. Por fim, cabe frisar que a apreciação do eventual desrespeito da ordem pública ou dos bons costumes deve ser feita em concreto, no momento da celebração do negócio e de um ponto de vista estritamente objetivo, não relevando, para a nulidade do negócio, a consciência das partes relativamente a esse desrespeito. Não assim, no entanto, para fundamentar uma possível responsabilidade pré-contratual, nos termos do artigo 219.º, do contraente “culpado” em face do contraente que agiu de boa fé³⁰.

30 V. PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 1229.