



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Frederico Afonso Cavaleiro Prata

Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Ilegítima das Negociações

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Exmo. Sr. Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos

Coimbra, 2014

Dedicatória

A 17 de Abril de 1969 os Estudantes de Coimbra pediram, na pessoa do então presidente da Associação Académica de Coimbra, Alberto Martins, a palavra.

Hoje sou eu que a peço com o propósito de agradecer a todas as pessoas que, de alguma forma, me auxiliaram nesta árdua tarefa.

Neste sentido reservei este espaço para prestar homenagem e agradecimento às pessoas que durante toda a minha caminhada me auxiliaram.

Em primeiro lugar, a toda a minha família pelo apoio incondicional. Aqui, especial destaque merecem os meus pais e irmã que diariamente comigo vão convivendo e que sentem, de forma mais directa, as minhas actuações.

Mas a minha família vai muito além da ligação sanguínea. Nesse sentido, um vénia especial a todas as amizades que conquistei neste percurso, especialmente os meus colegas de carro, sem olvidar todas as outras pessoas com que tive o privilégio de privar. Não refiro nomes em concreto porque de todos vós guardo com especial saudade aqueles momentos e instantes já passados. São, desde há muito, aqueles a que chamei um dia “irmãos da mocidade” e que jamais esquecerei.

Ao meu Mestre, senhor Doutor Professor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos pela supervisão atenta e pelo auxílio prestado no desenvolvimento deste trabalho.

A todos os meus professores desde os tempos da primária, com especial enfoque para os que me deram aulas nos saudosos tempos em que frequentei a Escola Secundária Infanta Dona Maria e para os da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo esforço com que no decorrer da licenciatura e, posteriormente, do mestrado, nos tentaram transmitir um pouco dos seus conhecimentos.

À Instituição que tornou tudo isto possível, a minha *Alma Matter* – a Universidade de Coimbra em geral, e a Faculdade de Direito em particular.

Ao lado destas surge a minha Causa e Casa de todo e para sempre – Coimbra e a sua Associação Académica. Ter tido (e continuar a ter) o privilégio e a honra de carregar, diariamente, o teu símbolo e os teus valores ao peito é uma das maiores honras da minha vida. O que me deste e vais dando ao longo dos anos é demasiado para explicar por conceitos simples ou por meras frases. De Ti destaco, correndo o risco de me esquecer de

alguma referência: o Penedo da Saudade que guarda as tuas memórias; a tua tradição e história que é já base e sustento da vida Coimbrã e que com esta se funde e confunde; a Queima das Fitas que tanta recordação traz a um qualquer Estudante de Coimbra; os teus filhos como Luís Goes, José Afonso, Carlos Paredes ou Miguel Torga de entre tantos outros, que em vida, e até mesmo depois dela, se assumem como referências da tua essência; as secções culturais e desportivas da nossa Associação Académica que se assumem como verdadeiros estandartes da tua personalidade; a Torre da Universidade de Coimbra que comporta o nosso símbolo aos olhos do mundo; a Bancada dos Teóricos, por permitir verdadeiras análises de qualquer questão Académica.

Afinal de contas, como disse Miguel Torga “ando, dou a volta ao mundo, mas acabo por vir dormir aqui. Esta Coimbra é assim (...) Aqui sonha-se”.

Termino colocando aqui a «Romagem à Lapa» de Luís Goes, letra que representa para mim todo este tempo que passou.

«Se um dia a vida parasse e a gente voltasse ao tempo que havia
E se o Mondego passasse e a todos levasse a um velho dia.
Talvez a Lapa cantasse e em pedra gravasse a nossa alegria
Talvez a Lapa sorrisse e à pedra se ouvisse “olá poesia”

Se agora o rio pudesse juntar quem padece de tal nostalgia
E tanta gente viesse sem sonhos, nem preces, sem rebeldia
Talvez a Lapa chorasse e em pedra gravasse a nossa agonia
Talvez a Lapa sofresse e à pedra dissesse “adeus poesia”»

Abreviaturas

Ac - Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CCG – Cláusulas Contratuais Gerais

CCP – Código Civil Português

Cód. – Código

CVI – Código dos valores imobiliários

DL – decreto- lei

LDC – Lei de Defesa do Consumidor

Ob. cit. – obra citada

OJP – Ordenamento Jurídico Português

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Tr. - Tribunal

V. – Ver

Vmd – ver para mais desenvolvimentos

Vnra – ver nota de rodapé anterior

Índice

Introdução.....	7
I - Origem e fundamento da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.....	12
A) A questão terminológica enquanto uma questão lateral: o <i>nomen iuris</i> utilizado para designar a responsabilidade em causa.....	12
B) A origem e o desenvolvimento histórico da responsabilidade pré-contratual.....	15
1. JHERING e a sua teoria da <i>Culpa In Contrahendo</i>	15
2. Os estudos pós-Jhering: a evolução da doutrina da <i>culpa in contrahendo</i> à ideia de indemnização pela ruptura arbitrária das negociações.....	21
3. O caso português: a compreensão, a partir do Cód. de Seabra, da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações e a sua inserção no âmbito do art. 227º CCP.....	24
C) O art. 227º CCP: os princípios em colisão.....	29
1. A autonomia privada e a liberdade contratual.....	30
2. O princípio da boa fé.....	32
2.1. O conteúdo do princípio da boa fé, na fase de formação dos contratos.....	36
a) Deveres de esclarecimento e de informação.....	39
b) Deveres de lealdade.....	45
D) Breves considerações sobre o instituto da responsabilidade pré-contratual no âmbito dos sistemas anglo-saxónicos (o caso inglês e americano) e do direito internacional.....	46
E) Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, com enfoque nas situações de ruptura das negociações.....	50
1. Considerações iniciais.....	50
2. Teoria contratualista vs teoria extracontratualista vs <i>tertium genus</i>	53
II - O período pré-contratual e a influência do princípio da liberdade contratual.....	62
A) Considerações gerais.....	62
B) As negociações propriamente ditas e os seus traços caracterizadores.....	68
C) A fase decisória.....	70
1. Notas iniciais.....	70
2. A Proposta.....	71
3. A aceitação.....	74

D) As figuras que surgem na fase pré-contratual.....	75
1. Figuras que originam responsabilidade contratual.....	77
1.1. Contrato-promessa.....	78
1.2. Pacto de preferência.....	79
2. Figuras que originam responsabilidade pré-contratual.....	79
2.1. As cartas de intenção, minutas ou puntacções.....	80
2.2. Os acordos alcançados durante o período pré-contratual, relativos a certos pontos do contrato.....	83
2.3. Os acordos alcançados durante o período pré-contratual, acessórios ao objecto do contrato: deveres de informação e de confidencialidade; a importância de protecção dos esclarecimentos prestados.....	86
III - O alargamento do âmbito subjectivo do art. 227º.....	88
IV – Pressupostos da responsabilidade pela ruptura ilegítima das negociações.....	96
A) A ilicitude.....	99
1. Existência de negociações que formaram nas partes uma razoável base de confiança.....	99
2. Ruptura ilegítima das negociações.....	101
B) A culpa.....	105
C) Os danos.....	109
D) O nexo de causalidade.....	112
V - Efeitos da ruptura das negociações.....	114
A. Considerações gerais.....	114
B. A indemnização devida.....	115
1. Breves considerações históricas relativas à indemnização nos casos de responsabilidade pré-contratual.....	115
2. A indemnização dos danos não patrimoniais.....	116
3. Quantum indemnizatório.....	118
Conclusão.....	128
Bibliografia.....	132
Jurisprudência.....	140

Introdução

O instituto da responsabilidade civil assume, nos dias de hoje, uma enorme relevância prática, essencialmente face às cada vez mais complexas e elaboradas relações jurídicas que vão surgindo.

Inicialmente convém dizer que, no âmbito do OJP, existem dois tipos padrão de responsabilidade, fornecidos pelo legislador: por um lado a contratual, que ocorre aquando da violação de uma obrigação em sentido técnico¹ (pense-se no exemplo paradigmático da violação ou não cumprimento de uma cláusula contratual); e, por outro, a extracontratual, que tem como objectivo sancionar a violação de um direito absoluto (imagine-se um ataque a um direito de personalidade ou a um direito real).

No entanto, nos últimos tempos, ao lado destas, tem-se dado ênfase a uma responsabilidade respeitante a factos anteriores ao contrato (responsabilidade pré-contratual) e outra relacionada com factos posteriores à eficácia e vigência contratual (responsabilidade pós-contratual²). É que o legislador, a dada altura, apercebeu-se da necessidade de regular estes momentos – efectivamente, quer na fase formativa de um contrato, quer na fase posterior à extinção daquele, o direito parece encontrar-se numa «zona morta», na medida em que, não existe uma vinculação jurídica semelhante àquela que, por exemplo, vigora aquando de um contrato. Foi neste sentido que aquele acabou por condicionar estas fases pela cláusula geral da boa fé, de forma a cercear a autonomia privada de cada um dos intervenientes.

Mas centremo-nos no que nos interessa: a responsabilidade pré-contratual.

Tendo como comparação aqueles dois tipos de responsabilidade que atrás referimos, importa dizer que a grande dificuldade está em enquadrar, nesta visão das coisas, a responsabilidade pré-contratual, até porque não existe uma opinião absoluta em toda a doutrina e jurisprudência, havendo quem: a insira no âmbito da responsabilidade contratual, lhe atribua a natureza extracontratual e, por fim, quem a autonomize, defendendo a ideia de uma «terceira via», colocando-a lado a lado com aquelas³.

Aliás, a ideia que acabámos de expor, fica patente nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, quando este afirma que apesar de “a ideia de que condutas adoptadas na fase pré-

¹ V. art. 397º

² PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Cessão da Posição Contratual*; páginas 354 e seguintes.

³ Analisaremos *infra* a natureza da responsabilidade pré-contratual.

negocial são susceptíveis de desencadear responsabilidade encontra-se sedimentada (...), persiste o debate em torno dos seus termos e fundamentos”⁴.

Facto assente é que esta ideia da responsabilidade pré-contratual tem vindo a ser aceite pela maioria dos sistemas jurídicos (Alemanha, Itália, Brasil, França, ...) por ter na base uma ideia de justiça, pois “o contrato postulado pelos sistemas que consagram o princípio da boa-fé nos respectivos preliminares e na sua formação não é, pois, apenas o contrato querido pelos contraentes, mas antes o contrato socialmente aceitável”⁵.

Assim, do que foi dito se retira a ideia de que, como já fomos dando a entender, “a fase que precede a formação dum contrato não é um vazio jurídico”⁶.

Em Portugal, a responsabilidade pré-contratual encontra-se expressamente consagrada no art. 227º. Pela letra do preceito, e pelo que iremos aperceber-nos ao longo deste trabalho, podemos dizer que este instituto emerge com o propósito de proteger as relações que se iniciam com vista à celebração de um contrato, através do respeito pelas exigências valorativas da boa fé.

Após o notável estudo de JHERING, o legislador, inspirado por considerações de boa fé, foi se apercebendo que às partes, aquando do início das negociações com vista à celebração de um determinado contrato, não podia ser atribuída uma ampla liberdade de actuação pois, apesar de não haver aqui qualquer tipo de contrato, a relação que se estabelece entre elas merece ser tutelada pelo direito.

Foi nesta lógica que o instituto da responsabilidade pré-contratual alargou as suas fronteiras e, hoje, vai além das habituais hipóteses de divergência entre a vontade e a declaração por comportamento culposo de uma das partes que JHERING preconizou, cabendo, ainda, no âmbito daquela as situações de ruptura ilegítima das negociações e as hipóteses em que, mesmo existindo um contrato, uma das partes é obrigada a indemnizar outra pelo incumprimento de certos deveres impostos pelo princípio da boa fé⁷.

⁴ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*; página 100.

⁵ VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação dos contratos*; página 266.

⁶ ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil – Teoria Geral*; página 440.

⁷ Convém referir que as situações em que se consubstancia a responsabilidade pré-contratual não surgiram ao mesmo tempo. Só anos depois da descoberta de JHERING, surgiu a ideia que a ruptura das negociações, quando ilegítima, daria azo a responsabilidade pré-contratual (muito por obra de FAGGELLA). Por sua vez, a ideia de que mesmo existindo contrato poderá existir responsabilidade pré-contratual, nos termos indicados, é ainda um processo mais recente da ciência jurídica.

É exactamente o segundo tipo de situações referidas (e talvez a mais debatida das três, pela sua singularidade e especificidade) que pretendemos estudar: as hipóteses de ruptura das negociações⁸.

Pergunta-se: mas que problemas se colocam nestas situações de ruptura das negociações?

É que, no âmbito das negociações tendo em vista o contrato (essa que é a “figura paradigmática” de actuação dos privados), cabe ao direito preocupar-se com as expectativas⁹ que as partes obtêm com o decorrer das mesmas e com a confiança que vai surgindo, à medida que se vai desenvolvendo o processo negocial, na previsível conclusão do contrato. É calculável que, à medida que vão ficando estabelecidas as cláusulas do acordo, vá surgindo nas partes a expectativa de que o contrato se celebrará já que, quando um privado decide contratar e enceta negociações para esse efeito, não o faz certamente para não contratar. Depois, fundamental será também, para além da necessidade de protecção daqueles interesses particulares envolvidos, não esquecer os valores de facilidade e de segurança do comércio jurídico¹⁰.

Neste sentido dividimos este trabalho em cinco capítulos.

No primeiro analisaremos as origens e os fundamentos da responsabilidade civil pré-contratual, perspectivando a evolução desde a teoria da *culpa in contrahendo* de JHERING até às considerações tecidas no nosso ordenamento jurídico face à singularidade e complexidade do nosso art. 227º. Depois, à luz do nosso ordenamento, tentaremos explicar a relação que se estabelece nesta fase preformativa do contrato, através do “confronto” que se verifica entre os dois princípios em choque: a autonomia privada e a boa fé objectiva. Além disso, abordaremos a debatida temática da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações que, como já referimos brevemente, não se assume como unânime entre doutrina e jurisprudência.

No segundo capítulo iremos tecer algumas considerações sobre o período pré-contratual que é dividido, segundo o 227º, em duas fases (negociatória e decisória).

⁸ Fora do âmbito deste trabalho encontra-se a ruptura da relação entre cônjuges ou integrantes em união estável.

Vmd sobre o assunto, ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; *A Reparação de Danos Morais por Dissolução do Vínculo Conjugal e por Violação de Deveres Pessoais entre Cônjuges*; páginas 558 e seguintes.

⁹ “Por expectativa jurídica entendemos a situação activa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio dum processo complexo de formação sucessiva de um direito”.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*; página 188.

¹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*; página 31.

Obviamente interessa-nos mais a informação respeitante à fase das negociações, na medida em que é aqui que, normalmente, se verifica a ruptura das negociações. No entanto, não podemos deixar de abordar algumas questões relacionadas com a fase decisória, com enfoque nos dois elementos que a compõem: a proposta e a aceitação.

Para além disso, a análise do período pré-contratual releva (mais concretamente, as negociações) na medida em que é aqui que, muitas vezes, os envolvidos nas negociações acabam por fazer uso da vasta panóplia de mecanismos que as partes podem utilizar para irem regulando aquela relação pré-contratual, num momento em que ainda não existe um contrato, estabelecendo certos consensos sobre algumas (futuras) cláusulas contratuais. Além do mais, uma correcta análise do período referido permite a percepção, uma vez mais, do confronto genético que se verifica nesta fase entre alguns princípios fundamentais, fundantes e estruturantes do direito civil como são o da autonomia privada (onde se ramifica a liberdade contratual, consagrada no art. 405º) e o da boa fé em sentido objectivo.

Posteriormente, no terceiro capítulo, perspectivaremos o possível alargamento do âmbito subjectivo da responsabilidade pré-contratual, isto é, a susceptibilidade de, com base em responsabilidade pré-contratual, certos terceiros serem responsabilizados. É que, a letra do art. 227º parece remeter, à primeira vista, exclusivamente para os envolvidos nas negociações, isto é, para os intervenientes que tomam parte activa e concreta naquelas.

No penúltimo capítulo abordaremos a questão dos pressupostos da ruptura das negociações. Destaque merecerá a temática da ilicitude para o âmbito do art. 227º, na medida em que está intimamente conexas com as considerações que desenvolveremos no primeiro capítulo sobre os deveres da boa fé na fase pré-contratual. É que, como ficará provado, a ilicitude em causa prende-se exactamente com o desrespeito daquelas obrigações provenientes do princípio da boa fé, enquanto padrão de conduta correcta e honesta.

Já no quinto e último capítulo abordaremos a matéria dos efeitos da responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações, onde afastaremos a susceptibilidade de uma execução específica ou de uma acção de cumprimento, na medida em que os efeitos daquela se prendem exclusivamente com a indemnização dos danos sofridos pelo lesado. No entanto, o grande problema prende-se, como iremos analisar, pelo *quantum* indemnizatório devido.

Cabe, por fim, apenas salientar que, como veremos, quer a matéria da natureza jurídica, quer a da indemnização exigida, surgem como as duas temáticas em que mais divergências existem entre os Autores.

Procuraremos também, sempre que possível e necessário, complementar o trabalho com recurso a jurisprudência, de forma a complementar as posições e teorias definidas por alguns Autores com as decisões dos nossos tribunais.

Entenda-se que nas situações em que inexistente remissão para qualquer diploma, aquando da utilização de arts., estes visam referir-se ao CCP.

I - Origem e fundamento da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações

A) A questão terminológica enquanto uma questão lateral: o *nomen iuris* utilizado para designar a responsabilidade em causa

Começámos, na introdução deste trabalho, por falar em responsabilidade pré-contratual, para aludirmos às situações que se encontram tuteladas pelo art. 227º, a que já nos referimos brevemente. No entanto, podemos questionar-nos, desde logo, por que razão terá o legislador dado a essa norma a epígrafe de *culpa na formação dos contratos* e não o termo que temos vindo a utilizar.

A verdade é que, pela consulta de algumas obras doutrinárias, percebemos que não existe um consenso no termo a utilizar para nos referirmos a este tipo de responsabilidade. Fundamental é, antes de percorrer algumas dessas referências bibliográficas, indicar os diferentes conceitos que são utilizados para se individualizar a realidade que pretendemos estudar, de forma a encontrarmos o termo que designe concreta e eficazmente a matéria que vamos analisar.

Destarte, podemos verificar que são utilizados, como possíveis designações: culpa na formação dos contratos (epígrafe do art. 227º), *culpa in contrahendo*, responsabilidade pré-negocial e responsabilidade pré-contratual.

Qual o conceito a utilizar? Qual o mais correcto?

São vários os Autores, ou melhor dizendo, quase todos que tecem considerações sobre esta questão terminológica. Não os citaremos todos, na medida em que, os argumentos utilizados por eles são semelhantes na sua generalidade¹¹.

¹¹ ALMEIDA COSTA afirma que ainda é utilizada a terminologia *culpa in contrahendo*, apesar de como veremos *infra*, a realidade inerente a esta teoria de JHERING ter nascido com um âmbito de aplicação mais restrito (visava apenas os casos em que, existindo divergência entre a vontade e a declaração, a declaração de invalidade ou ineficácia do contrato viria a produzir danos à parte não responsável) do que aquela que, actualmente, se visa proteger.

Já relativamente à expressão *responsabilidade pré-negocial*, o Autor considera que esta é, concretamente, a mais rigorosa, na medida em que esta realidade pode incidir não só sobre contratos, mas também sobre negócios jurídicos unilaterais (as normas relativas aos negócios jurídicos unilaterais encontram-se previstas nos arts. 457º a 463º) e sobre quase negócios jurídicos (apesar de no segundo capítulo desta obra nos referirmos à pré-formação de um contrato, consideramos ser também possível existir responsabilidade pré-contratual no âmbito de negócios jurídicos unilaterais. No entanto, é no âmbito da formação dos contratos que mais vezes se levantam estes problemas).

Apesar disso, afirma que o conceito preferido e comumente utilizado pelos autores é o de *responsabilidade pré-contratual*, na medida em que o instituto em causa se faz sentir com maior frequência e intensidade nos contratos.

Podemos começar por dizer que, como veremos *infra*, o conceito de *culpa in contrahendo* emerge historicamente de JHERING, meramente com vista a abranger as situações em que um contrato inválido ou ineficaz, por divergência entre a vontade e a declaração, vinha a produzir danos (à outra parte) por actuação culposa de um dos contraentes.

A verdade é que nos dias de hoje a realidade que se visa proteger com este tipo de responsabilidade é muito maior, pois engloba uma variedade de situações possíveis como a ruptura das negociações ou, até mesmo, a susceptibilidade de uma das partes de um contrato válido e eficaz ser obrigada a indemnizar a outra pelo desrespeito dos deveres impostos pelo padrão geral da boa fé.

Assim, sempre poderemos dizer que os termos *responsabilidade pré-contratual* e *responsabilidade pré-negocial* são, pelo menos, conceitos mais modernos e actuais. No

V. COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 32.

SINDE MONTEIRO considera que, quer a expressão *culpa in contrahendo*, que se afirma pela sua componente clássica e internacional quer, a designação da *culpa na formação dos contratos* (a expressão utilizada pelo legislador nacional, se calhar, até de forma a procurar afastar-se da querela terminológica de que agora vamos dando conhecimento), demonstram mais o aspecto genético da relação, já que nos remete para o âmbito do vocábulo “culpa”, que deve ser aqui compreendido em sentido amplo, isto é, abrangendo o dolo e a mera culpa.

Por outro lado, quer o termo *responsabilidade pré-contratual*, quer a expressão *responsabilidade pré-negocial* dirigem-se, segundo o Autor, aos seus efeitos, isto é, à obrigação de indemnizar. Relativamente a esta última designação, o Autor invoca os argumentos referidos *supra* por ALMEIDA COSTA.

V. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 8.

MOTA PINTO, por sua vez, demonstra a sua clara preferência pela expressão *responsabilidade pré-negocial*, afastando a de *culpa in contrahendo* por nesse tipo de responsabilidade o, “(...) elemento capital (...) não [ser] a culpa, mas a existência de obrigações entre as partes na fase” em causa e por, em certas situações, poder até dispensar a culpa e a de *responsabilidade pré-contratual* por poder aplicar-se, por exemplo, a negócios jurídicos unilaterais.

V. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial pela não Conclusão dos Contratos*; páginas 161 e 162.

DOMINGAS ALEXANDRE GARCIA acrescenta, ainda, um argumento à preferência pelo termo *responsabilidade pré-contratual* que, segundo a nossa perspectiva, não se pode considerar fundamental.

Defende a Autora que a letra do art. 227º - elemento literal – se refere expressamente às situações em que se estabelecem negociações com vista à celebração de um contrato, isto apesar de considerar que se pode aplicar também para casos de negócios jurídicos unilaterais e para quase negócios jurídicos.

Dito isto facilmente se percebe que a responsabilidade em causa pode ter lugar, mesmo que não estejamos perante uma figura contratual.

Além do mais, nos dias de hoje, para a interpretação de uma norma, não nos podemos bastar ao elemento literal, como defendiam os positivistas. Importa considerar também os restantes elementos interpretativos: sistemático, histórico (trabalhos preparatórios), gramatical e teleológico. Se no período positivista-legalista apenas relevava o primeiro, hoje os vários elementos surgem com o mesmo peso, sendo no entanto de destacar, o teleológico, ou seja, os fins que estão subjacentes à normatividade em questão.

Nestes termos, a letra da norma não nos parece argumento decisivo para a adopção de um qualquer conceito.

V. GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Abusiva das Negociações*; páginas 11 e 12.

V. ainda outros Autores como PRATA, Ana; *Notas sobre a Responsabilidade Pré-contratual*; páginas 24 e seguintes, TELLES, Inocêncio Galvão; *Direito das Obrigações*; página 70 e DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-contratuais*; páginas 537 e 538.

entanto, se o primeiro é aquele que mais vulgarmente é utilizado pelos Autores, importa referir que também não tem o rigor jurídico do segundo, na medida em que este tipo de responsabilidade pode aplicar-se para além da figura contratual, como já ficou referido em nota.

Poderíamos analisar ao pormenor, cada uma das possíveis designações enaltecendo as vantagens e desvantagens de cada uma delas. No entanto, em nossa opinião, importa referir antes que este «debate terminológico» é uma mera questão lateral, pois todas as designações referidas têm como objectivo salvaguardar uma realidade semelhante que deve ser protegida. Aliás, a assunção de uma das expressões consubstancia-se, na maioria das vezes, numa mera questão de estilo ou semântica.

Destarte, importa dizer que a adopção de um dos termos referidos não se torna decisiva, já que ambos pretendem, nos dias de hoje, referir-se à mesma realidade objectiva – a obrigação de uma das partes indemnizar a outra caso aquela não respeite as exigências impostas pelo princípio da boa fé, de acordo com o art. 227º. Tais considerações, à luz da compreensão jurídica actual, levam-nos a afirmar que os termos *supra* indicados se podem considerar como sinónimos¹², apesar da preferência de alguns autores por certas expressões.

Insistimos a afirmar que o importante é a compreensão da realidade consagrada entre nós no art. 227º¹³ que se afigura como um preceito normativo extremamente amplo que comporta vários tipos de situações.

Apesar destas considerações, optaremos, como temos vindo a fazer, pelo termo responsabilidade pré-contratual pela sua larga aceitação entre a maioria dos Autores e por, durante o nosso estudo, irmos analisar o período de pré-formação normal de um contrato que, como sabemos, é a figura paradigmática da autonomia e liberdade das partes, analisando todo o momento temporal que vai desde as negociações até à proposta e à aceitação. Isto sem esquecer que, como já referimos, este tipo de responsabilidade é susceptível de ser aplicado não só a negócios jurídicos bilaterais, mas também a negócios

¹² No mesmo sentido v. SOARES DO NASCIMENTO, na esteira de RUY DE ALBUQUERQUE. NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização do Contrato*; páginas 181 e 182.

¹³ Aliás, até mesmo em ordenamentos jurídicos em que não exista uma expressa consagração de uma norma semelhante, daí não se poderá retirar a impossibilidade de aplicação de responsabilidade pré-contratual (veremos o caso português na vigência do Cód. de Seabra).

jurídicos unilaterais e a quase negócios jurídicos, como é largamente aceite, apesar de nestes dois últimos ter, efectivamente, uma aplicação mais reduzida¹⁴.

B) A origem e o desenvolvimento histórico da responsabilidade pré-contratual

1. JHERING e a sua teoria da *Culpa In Contrahendo*

Como sucede com todos os institutos do direito, para uma correcta compreensão dos mesmos, é necessário perceber o seu desenvolvimento histórico, isto é, percorrer todos os passos desde o seu «nascimento» até à sua actual compreensão, à luz do enquadramento jurídico vigente, analisando toda a sua evolução.

Com o propósito referido, importa agora focar-nos no nascimento histórico da ideia da responsabilidade pré-contratual - a teoria da *culpa in contrahendo* de JHERING que esteve na origem da actual compreensão do art. 227º, “depois de receber várias reformulações e de vicissitudes várias”¹⁵.

Assim, se é verdade que a ideia da responsabilidade pré-contratual surgiu no âmbito do direito romano, onde os contraentes eram já, no período das negociações, protegidos face a possíveis intervenções da outra parte, também o é que, esta protecção se revelava, à época, ainda bastante frágil e limitada pois, incidia apenas e unicamente sobre as hipóteses em que a prestação era originariamente impossível e naquelas em que, uma das partes, actuando com culpa ou dolo, tinha como finalidade esconder defeitos ou valorizar o bem¹⁶ - não havia portanto, naquele período, uma verdadeira ideia de responsabilidade pré-contratual em todo o seu esplendor.

Por outras palavras, no direito romano o lesado era ainda muito pouco protegido, pois a responsabilidade em causa cingia-se àqueles dois tipos de situações. É que, como veremos *infra*, a compreensão actual do instituto da responsabilidade pré-contratual, permite-nos dizer que, àquela época, as partes eram ainda muito pouco protegidas¹⁷.

¹⁴ GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 12.

¹⁵ JHERING, Rudolf Von; *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição*; página V.

¹⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*; página 17; nota 7 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*; página 33.

¹⁷ “A doutrina tradicionalmente chamada da *culpa in contrahendo* teve precedentes muito limitados e fragmentários no direito romano”.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 33.

No entanto, foi apenas no século XIX (1861), que o instituto da responsabilidade pré-contratual ganhou maior relevo e autonomia a nível doutrinal, através de um dos mais relevantes escritos da ciência jurídica, da autoria do alemão RUDOLF VON JHERING¹⁸ - *Culpa in contrahendo oder Scadensersatz bet nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen*¹⁹ - e dos estudos que se lhe seguiram. Aliás, foi a partir da análise daquele Autor que os países de *civil law* começaram, maioritariamente, a aceitar a ideia de uma responsabilidade pré-contratual²⁰.

Pergunta-se: mas em que consistia aquela teoria?

Aquele Autor procurava uma resposta justa e fundamentada para a questão de saber se, em caso de um contrato ser declarado inválido ou ineficaz por divergência entre a vontade e a declaração, poderia uma das partes ser indemnizada, devido ao comportamento culposo da outra, quando aquela declaração lhe viesse a causar prejuízos²¹.

Alegava que naquelas situações seria claramente injusto que a parte que deu causa ao contrato (a parte que não actuou de forma correcta e honesta, de acordo com as exigências do princípio da boa fé) não fosse responsabilizada pelos danos causados à outra. Ou seja, JHERING procurou estruturar uma teoria que protegesse o destinatário de uma declaração de vontade na fase pré-contratual, na medida em que considerava existir uma clara posição de fragilidade daquele.

Foi, aliás, perante uma situação real e concreta, que com ele se tinha passado, que o Autor partiu para explanar a sua teoria: JHERING tinha pedido a um amigo seu que lhe encomendasse ¼ de caixa de charutos e este, por engano encomendou 4 caixas. Pergunta-se: quem deveria ser responsabilizado pelo erro? Em que termos?

É a partir destas dúvidas e inquietações que JHERING desenvolve toda a sua teoria, começando por se aperceber de que iria abordar uma matéria que se afigurava como nova,

¹⁸ Convém referir que já antes da obra de JHERING, alguns autores como POTHIER e DOMAT defendiam a possibilidade de existir responsabilidade pré-contratual nas situações em que, por erro ou por dolo, o contrato era considerado inválido.

No entanto, a verdade é que nunca acabaram por desenvolver e fundamentar com profundidade esta ideia, como ousou JHERING, já que eram inspirados por considerações jusnaturalistas.

V. PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 8 e COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 34; nota 14.

¹⁹ *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição*.

²⁰ Isto apesar de existirem já há época duas codificações que consagravam a responsabilidade pré-contratual: o *Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794 e o *Allgemeine Burgeliche Gesetzbuch* austríaco de 1811. VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*; páginas 242 e 243.

²¹ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em Geral*; Volume I; página 268.

na medida em que não encontrava resposta satisfatória nas fontes, para a questão que o assolava²².

No entanto, antes de JHERING, já quatro autores haviam levantado o mesmo problema: SCHWEPPE, RICHELMANN, SAVIGNY e WÄCHTER, sendo que, somente os dois primeiros aceitavam que a parte culpada deveria responder para com a contraparte pelos danos causados por culpa sua²³.

A verdade é que os desenvolvimentos de JHERING ousaram ir mais longe do que os estudos dos Autores referidos, na medida em que aquele procurou fundamentar e estruturar a problemática em causa que, se afigurava como claramente injusta, partindo da já referida frágil protecção de que era alvo o destinatário de uma declaração negocial²⁴ e, tendo ainda o mérito de desenvolver a noção de interesse contratual negativo²⁵ que engloba o lucro cessante²⁶ e o dano emergente²⁷.

É que, naquela época, para as soluções em que uma declaração estivesse afectada por um vício da vontade, surgiram na Alemanha duas posições²⁸: as doutrinas voluntaristas, que consideravam que a declaração deveria ser considerada nula ou anulável

²² V. VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 241.

²³ Apesar disso, SCHWEPPE viria a ser criticado por JHERING por não indicar qualquer tipo de fundamentação para a sua teoria. Segundo aquele, a possibilidade de o contraente não culposo ser indemnizado pela contraparte, em caso de erro ou dolo por parte deste último, fundar-se-ia num mero ideal geral de justiça.

Já RICHELMANN defendia que, em caso de nulidade do contrato, seria impossível exigir-se a acção de cumprimento do mesmo, aceitando contudo a indemnização por culpa.

A verdade é que, apenas com as considerações de JHERING o tema seria analisado ao pormenor e fundamentado de forma estruturada. Apenas com este Autor a *culpa in contrahendo* acabou por receber uma fundamentação sistematizada, diferentemente, do que tinha sucedido com as opiniões dos dois Autores referidos *supra*.

Diferentemente, SAVIGNY e WÄCHTER recusavam a possibilidade da parte não culposa ser indemnizada, na medida em que não se poderia recorrer nem à acção contratual (já que o contrato era declarado nulo), nem à acção extracontratual.

V. GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 6 e JHERING, Rudolf Von; *Culpa In...*; ob. cit.; páginas 2 e 3.

²⁴ Sendo o contrato considerado nulo, seria insusceptível, segundo o entendimento da época (antes da teoria de JHERING), que o mesmo pudesse produzir qualquer tipo de efeitos. No entanto, o Autor Alemão viria a admitir que mesmo nas situações de invalidade daquele, poder-se-iam produzir efeitos secundários do mesmo, onde se inseria a indemnização.

²⁵ “(...) a «descoberta jurídica» da *culpa in contrahendo* foi, simultaneamente, também a «descoberta» da noção de interesse contratual negativo (...) e que [JHERING] ligava ao facto de o contrato não ser válido, contrapondo-a desta forma à de interesse contratual positivo”.

PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*; Vol. I; página 14.

²⁶ Cabe aqui “(...) a perda de um lucro, seja por ter aberto mão de uma outra oportunidade de conclusão do mesmo [contrato], seja por ter omitido cuidar oportunamente de uma tal possibilidade”.

V. JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; página 16.

²⁷ Inserem-se aqui “(...) os custos inúteis que o demandante suportou em consequência da conclusão do contrato”.

V. JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; página 15.

²⁸ JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; página IX.

por ir contra a vontade e; as teorias da declaração que defendiam que esta deveria ser considerada válida, independentemente de qualquer vício da vontade.

Foi, pois, a partir da análise das primeiras que JHERING se apercebeu da insuficiência das mesmas²⁹ afirmando que, nestas situações, “a injustiça e o desconsolo, na prática, de um tal resultado são evidentes: a parte culpada sai livre, a inocente é vítima de culpa alheia”³⁰, na medida em que, a parte que dá causa ao contrato sairia impune e a não responsável teria claros prejuízos.

Como tentativa de solução desta situação, o Autor criou, então, as bases da *culpa in contrahendo*, que “(...) consistiria na inobservância da necessária diligência por quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato”³¹.

Para isso, considerou que estaríamos na presença de um tipo de “culpa contratual numa vertente específica, sendo-lhe [à *culpa in contrahendo*] aplicáveis os mesmos princípios quanto ao grau de culpa que valem durante a relação contratual”³². Ou seja, afastou a aplicabilidade da responsabilidade extracontratual para as situações em causa, na medida em que “quem contrata, sai deste modo do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual (...) e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a *diligentia* logo no próprio contratar. Não são apenas as relações contratuais formadas, mas antes logo as que estão em formação que têm de estar sob a protecção das regras [regras respeitantes à responsabilidade contratual]”³³.

A verdade é que a teoria de JHERING que acabámos de expor pressupunha a declaração de invalidade ou ineficácia do contrato o que nos leva a perguntar: como ligar esta declaração com a possibilidade de ser exercida uma acção contratual? Um contrato que, por exemplo, é declarado nulo não perde todos os seus efeitos?

Para o Autor, apesar de o contrato ser nulo e não poder produzir os efeitos obrigacionais a que tende (efeito principal do contrato), existiriam sempre outros deveres laterais e secundários, independentes da obrigação principal (como é o caso da indemnização), que poderiam originar certos efeitos³⁴.

²⁹ PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual...*; ob. cit.; Vol. I; páginas 166 e seguintes.

³⁰ JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; página 2.

³¹ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 242.

³² JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; página XIV.

³³ Vnra; página 32.

³⁴ “Há como que uma validade parcial do contrato nulo”.

Relativamente à indemnização, considerou que esta abrangeria apenas o interesse contratual negativo que, como vimos, engloba o lucro cessante e o dano emergente - não fazia sentido a indemnização do interesse contratual positivo pois aquela só poderia ser exigível caso o contrato fosse válido. Logo, como na situação concreta estamos perante uma declaração de invalidade do mesmo, por divergência entre a vontade e a declaração, a parte não culpada teria apenas direito a ser indemnizada no interesse contratual negativo.

É que, para o jurista Alemão a base do instituto que acabou por desenvolver é, tal como o nome indica, a *culpa*, na medida em que quando uma das partes enceta negociações, por exemplo, para a venda de uma coisa, desconhecendo um vício da mesma, não pode ser desculpada, pois todo e qualquer erro deveria ser considerado indesculpável.

Em suma, o Autor teve o mérito de perceber que “(...) já na fase das negociações preparatórias de um contrato as partes se acham vinculadas através de uma relação jurídica integrada por deveres de conduta cujo incumprimento sujeita o inadimplente ao dever de indemnizar o interesse contratual negativo da contraparte”³⁵.

No fim da sua obra JHERING tratou ainda da casuística da mesma, onde analisou três causas de invalidade: a possibilidade de incapacidade do sujeito, a inidoneidade do objecto e ainda a falta de fiabilidade da comunicação da vontade contratual³⁶.

Porém, a verdade é que o estudo de JHERING viria a ser alvo de várias críticas³⁷: apontava-se, entre outras, uma falta de apoio nas fontes, bem como uma incorrecta interpretação das mesmas. A juntar a isso acusavam-no ainda de “(...) firmar o seu princípio antes de investigar da sua razão”³⁸. Por outro lado, os adeptos das teorias da declaração consideravam que o Autor alemão procurava apenas salvar a teoria da vontade a todo o custo³⁹, recusando-se ainda a ideia de JHERING que considerava que seria pressuposto necessário da *culpa in contrahendo* a conclusão do contrato, ideia que viria a ser desmentida pela evolução da teoria.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 223.

³⁵ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 243.

³⁶ JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; páginas 43 e seguintes.

³⁷ JHERING, Rudolf Von; *V. Culpa in ...*; ob. cit.; páginas XVI e seguintes, bem como as notas 32, 33, 35 e 36.

³⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé no Direito Civil*; página 531; nota de rodapé (18).

³⁹ Indicámos já que estes Autores consideravam que em caso de divergência entre a vontade e a declaração, deveria valer esta última.

Numa perspectiva mais recente, MOTA PINTO⁴⁰ afirma que a teoria do Autor alemão tinha a sua base numa ficção, na medida em que baseava o fundamento da *culpa in contrahendo* num contrato que era nulo e que, como tal, seria insusceptível de produzir efeitos jurídicos.

Apesar de todas estas oposições que se levantaram contra a teoria em causa, estavam dados os primeiros passos para a exploração do tema em questão, por parte da doutrina que se lhe seguiu. Aliás, como salientou FR. MOMMSEN, a obra de JHERING acabou por ter influência “mesmo sobre aqueles dos quais não pode dizer-se que tenham aderido às suas ideias”⁴¹, tendo, aliás, sido considerada, à época, como uma «sensacional descoberta jurídica»⁴².

Aliás, a *culpa in contrahendo* pôs em relevo duas circunstâncias que devem ser tidas como fundamentais, como nos indica MOURA VICENTE⁴³: “por um lado a preocupação em conter a responsabilidade civil dentro de limites razoáveis, por forma a não prejudicar o livre desenvolvimento da personalidade humana e a prossecução de certas actividades socialmente úteis (...), por outro lado, o reconhecimento que após a entabulação das negociações preparatórias de um contrato a ressarcibilidade dos referidos danos é uma exigência de justiça”.

Daqui, somos levados a concluir que foi o estudo do Autor alemão que originou que, por vários ordenamentos, se comesse a desenvolver a fundo o âmbito da responsabilidade pré-contratual⁴⁴.

Em suma podemos dizer que, se é verdade que o conceito de responsabilidade no período de formação de contratos é, hoje em dia, muito mais amplo do que a noção primária de *culpa in contrahendo*, fruto das constantes críticas e dos inúmeros estudos realizados a partir da “sensacional descoberta jurídica” de JHERING, também é um facto

⁴⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 224 e 225.

⁴¹ V. JHERING, Rudolf Von; *Culpa in...*; ob. cit.; página XVII; nota de rodapé 37.

⁴² Expressão de DOLLE – *apud* COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 35; nota 15.

FRANZ WIEACKER considera que Jhering, “na primeira fase do seu trabalho e com o auxílio da sua fantasia criadora e do seu sentido para o intuitivo e para o palpável nas soluções jurídicas, enriqueceu a dogmática com descobertas impressionantes”.

WIEACKER, Franz; *História do Direito Privado Moderno*; página 515.

⁴³ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 245.

⁴⁴ “O problema que Jhering aborda e trata pode, hoje, ser considerado como uma fracção apenas da realidade que é recoberta pela chamada responsabilidade pré-contratual: trata-se do problema da responsabilidade decorrente da celebração de um contrato inválido, por culpa de uma das partes, isto é, da tutela da confiança da contraparte na validade do contrato”.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 10.

que a obra do Autor alemão não deve ser menosprezada e relegada para segundo plano, já que ela permitiu ao direito atentar a um problema singular e com total interesse prático que veio influenciar em larga escala todos os estudos jurídicos posteriores.

2. Os estudos pós-Jhering: a evolução da doutrina da *culpa in contrahendo* à ideia de indemnização pela ruptura arbitrária das negociações

Apesar de todo o mérito atribuído à obra do referido civilista Alemão, convém salientar que “(...) deve considerar-se que ele [o estudo de JHERING] não deu, da *culpa in contrahendo*, uma fundamentação clara e unitária (...) [pois], o escrito de JHERING dedicado à *culpa in contrahendo* compreendia, na sua imprecisão, elementos que possibilitariam dois tipos de desenvolvimentos: uma saída de tipo negocial, com amparo na vontade das partes e uma busca de apoio directo em proposições legais”⁴⁵.

Por outras palavras, existiam agora duas perspectivas para fundamentar a responsabilidade pré-contratual: uma de cariz negocial (que tem como maior exemplo a obra de JHERING), onde o negócio em si serviria de base àquela e; outra de vertente legal, onde as disposições normativas seriam o sustento da referida responsabilidade. No entanto, como ensina MENEZES CORDEIRO, a opção por qualquer uma das teses em causa não tem qualquer relevância, representando uma «alternatividade aparente»⁴⁶.

Centremo-nos, então, no fundamental. Deixámos já claro que a obra de JHERING acabou por influenciar vários doutrinadores e legisladores de vários ordenamentos jurídicos⁴⁷ que consagraram expressamente (ou aceitaram⁴⁸), nos seus diplomas nacionais⁴⁹, o instituto da *culpa in contrahendo*, acabando mesmo por, paulatinamente, alargar o âmbito de compreensão do mesmo.

⁴⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé ...*; ob. cit.; páginas 531 e 532. No mesmo sentido, DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 536.

⁴⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 544.

⁴⁷ Convém referir que também no sistema jurídico alemão a ideia de *culpa in contrahendo* foi também desenvolvida. Aliás, à jurisprudência alemã coube a tarefa de desenvolver com profundidade o princípio da boa fé na pré-formação dos contratos.

O diploma civil alemão apenas consagrou expressamente a responsabilidade pré-contratual em 2001.

⁴⁸ Nem todos os ordenamentos estipularam uma norma concreta, de onde se poderia retirar o princípio da responsabilidade pré-contratual – veremos *infra* o caso do Cód. de Seabra.

JORGE, Fernando Pessoa; *Direito das Obrigações*; página 167.

⁴⁹ V., por exemplo, o art. 1337º e 1338º do Cód. Civil Italiano, sendo que o primeiro preceito referido, foi o que mais serviu de inspiração para o nosso 227º.

Foi assim que, do seguimento das obras, dos estudos e das críticas ao trabalho de JHERING, começou a surgir e a desenvolver-se, na doutrina, especialmente em França e em Itália⁵⁰, a hipotética responsabilidade por revogação de uma proposta negocial, onde alguns autores defendiam que o abandono das negociações poderia ser susceptível de indemnização, em certas situações.

Para o desenvolvimento desta ideia foi de extrema relevância a obra do jurista italiano GABRIELE FAGGELLA⁵¹, presidente do tr. de Nápoles⁵², que defendia que quando as partes iniciavam as negociações existiria como que um acordo (pré-contratual), expresso ou tácito, com origem na vontade de se iniciarem as negociações e nos usos do comércio, que tinha como objectivo que aquelas se comprometessem a ir até à celebração do contrato ou, até ao ponto em que, por clara e óbvia divergência de interesses e opiniões das partes, aquele seria impossível⁵³.

Aquele acordo basear-se-ia na confiança que as partes estabeleceriam entre si, o que levaria a considerar como inadmissível um arbitrário rompimento das negociações, que seria passível de indemnização. No entanto, FAGGELLA considerava que ao nível dos efeitos daquela responsabilidade, ou melhor dizendo, ao nível da indemnização, apenas deveriam ser ressarcíveis os danos emergentes e já não os lucros cessantes (divergia de JHERING), por considerar que quanto a estes não existiria um verdadeiro nexo de causalidade entre a ruptura e o dano⁵⁴.

Para além disso, diferentemente do que sucede, como veremos, no art. 227º, FAGGELLA compreende e divide o período pré-contratual em três momentos: *idealização e elaboração; aperfeiçoamento e concretização da proposta; celebração do contrato*⁵⁵.

⁵⁰ V., por exemplo, PRATA, Ana; *Notas sobre ...*; ob. cit.; página 12 ou CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; páginas 532 e seguintes

⁵¹ V. FAGGELLA, Gabriele; *I Periodi Precontrattuali e la Responsabilità Precontrattuale*.

V. também MAURO, Antonio De/ FORTINGUERRA, Fabio; *La Responsabilità Precontrattuale*; páginas 42 e seguintes.

⁵² A obra deste Autor é alvo de diferentes interpretações como nos dá conta FERREIRA CUNHA: afirma a Autora que aquele buscava na lei a fundamentação para a responsabilidade pré-contratual (tal como defendia MOTA PINTO). Diferentemente, dá-nos conta da opinião de ROBERTO H. BREBBIA, que considera que FAGGELLA buscava no contrato a justificação daquela responsabilidade.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações*; página 18 e 19.

⁵³ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 13 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 35.

⁵⁴ “(...) a reparação pelo chamado interesse negativo era uma contradição jurídica, pois que o ressarcimento não trata de interesse negativo, mas do ressarcimento limitado ao valor da proposta destruída”

CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 22.

⁵⁵ FAGGELLA, Gabriele; *I Periodi...*; ob. cit.; páginas 4 e seguintes.

Quando comparamos esta organização do espaço pré-contratual (que o Autor italiano defende), com aquela que nos é fornecida pelo preceito normativo do CCP, parece que FAGGELA acaba por dividir o período das negociações propriamente dito⁵⁶ em dois momentos, o que nos parece ser de afastar, na medida em que, quer a letra do preceito normativo referido, quer a própria razão de ser do momento das negociações propriamente ditas, não obrigam, nem sugerem aquela subdivisão feita pelo Autor italiano.

Por outras palavras, o momento da *idealização e elaboração* e o do *aperfeiçoamento e concretização da proposta*, parecem dever ser perspectivados na fase das negociações propriamente ditas – a emissão da proposta marca o fim da fase negociatória, na medida em que o proponente se encontra já vinculado à sua declaração.

Do que fica dito se percebe que o Autor italiano considerava que em caso algum o início ou desenvolvimento das negociações seria causa de celebração do contrato já que, os envolvidos naquela manteriam sempre a sua liberdade de (não) celebração do contrato. No entanto, para o Autor, a ruptura das negociações sempre poderia dar azo a uma situação de responsabilidade, quando fosse violado aquilo a que MOTA PINTO chama “(...) «pactum de tratando» - trata-se dum facto, surgido no decurso das negociações, gerador da confiança de que a outra parte preserve nelas até ao acordo negocial ou até que, pela troca de pontos de vista e pelo exame conjunto do projecto, o acordo se afigure impossível”⁵⁷.

Apesar destas considerações, podemos constatar que a teoria de FAGGELLA acabaria por colher no espaço europeu e, rapidamente se viria a alastrar para França pela mão de Autores como SALEILLES e MOREL⁵⁸, com a diferença que neste país a figura acabou por ser enquadrada e inserida na teoria do abuso de direito (o Cód. civil Francês não contém nenhuma norma que consagre expressamente a responsabilidade pré-contratual⁵⁹), tal como sucedeu, mais tarde, em Portugal⁶⁰ (veremos *infra* que o instituto da responsabilidade pré-

⁵⁶ No capítulo II analisaremos a fase das negociações.

⁵⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 184 e 185.

⁵⁸ Sobre a teoria de SALEILLES, v. COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 36.

⁵⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 20.

⁶⁰ VAZ SERRA indica como requisitos da proibição do abuso de direito: o exercício de um direito que “(...) não pode ter para o agente o fim de causar danos (ou, havendo outro fim, este não pode ser ilícito ou imoral), o que, em regra, apenas se admitirá quando o acto não tiver nenhum interesse para o agente” e que produza danos.

O Autor referia, anteriormente ao C.C.P. de 1966, que a teoria do abuso de direito deveria vir consagrada na parte geral do Cód.

SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz; *Abuso De Direito (em Matéria de Responsabilidade Civil)*; página 250 a 252.

contratual, no Cód. de Seabra, viria a ser também inserida no âmbito da figura do abuso de direito)⁶¹.

No entanto, para além das críticas apontadas, podemos ainda referir que aquele acordo que o Autor italiano considerava fundamento para se verificar uma situação por ruptura ilegítima das negociações não se tem de verificar, na medida em que aquela responsabilidade existe independentemente de qualquer acordo ou promessa pré-contratual⁶². É, em nossa opinião, com o desenvolvimento das negociações, isto é, com o constante empenho das partes na celebração do negócio, que se vai desenvolvendo a confiança (dos negociadores) de que o contrato se efectuará.

3. O caso português: a compreensão, a partir do Cód. de Seabra, da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações e a sua inserção no âmbito do art. 227º CCP.

Ainda antes do Cód. civil de 1966, e apesar da inexistência de uma norma que regulasse a responsabilidade pré-contratual⁶³, já vários juristas⁶⁴ aceitavam a teoria da *culpa in contrahendo* com base na responsabilidade extracontratual, inserindo-a no instituto do abuso de direito⁶⁵. Diferentemente, no que concerne à ideia de uma responsabilidade por ruptura ilegítima das negociações, esta era aceite em termos ainda muito restritos por grande parte da doutrina.

Por um lado, GUILHERME MOREIRA defendia que esta só deveria dar origem à obrigação de indemnizar quando o comportamento “ocasionasse prejuízos à outra [parte] e que esse procedimento fosse um acto ilícito”⁶⁶. Este Autor ia ao ponto de defender que não

⁶¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 50; CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 21 e seguintes.

Vmd PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 14 e 15; nota de rodapé 21.

⁶² PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 236.

⁶³ “A responsabilidade pré-contratual era já admitida pela generalidade da doutrina no domínio da legislação anterior, embora o Cód. de 1867 não a previsse directamente.

JORGE, Fernando Pessoa; *A formação do contrato à face do novo Código Civil Português*; página 58.

⁶⁴ Juristas como MANUEL DE ANDRADE, GALVÃO TELLES, FERRER CORREIA, REIS MAIA, ASCENÇÃO BARBOSA, JAIME DE GOUVEIA, entre outros.

V. MARTINS, António Carvalho; *Responsabilidade Pré-contratual*; página 25, nota 1, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 572 ou PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 21.

⁶⁵ Não existia no Cód. de Seabra qualquer referência expressa a valores de boa fé, face à sua influência marcadamente positivista.

⁶⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade civil...*; ob. cit.; página 42.

seria ilícito a recusa de celebrar o contrato, ainda que arbitrária. Para ele essa recusa apenas se poderia considerar um acto ilícito quando alguém tivesse entrado nas negociações com o único propósito de fraude, isto é, com o único objectivo de enganar o outro negociador.

Por sua vez, também CUNHA GONÇALVES⁶⁷ considerava que “não havendo contrato, é claro que não pode haver a chamada responsabilidade pré-contratual, no caso de ruptura das negociações, ainda que uma das partes estivesse convencida de que o contrato se realizaria”. Aceitava no entanto que houvesse lugar à responsabilidade pré-contratual “quando a pessoa que rompeu as negociações houver procedido com culpa ou deslealdade, por exemplo, deixando a outra parte fazer importantes despesas e trabalhos, quando não tinha uma séria intenção de negociar com esta, ou tinha já aceitado ou aceitou depois ofertas concorrentes, aproveitando dos resultados dos estudos e trabalhos de quem ficou logrado na sua expectativa”.

Consideramos compreensíveis as posições dos Autores, na medida em que sentia-se ainda um claro predomínio da importância, quase que fundamental, que era atribuída ao princípio da autonomia privada (princípio basilar do direito civil), cuja restrição seria quase que impensável⁶⁸. Porém, importa salientar que existia já quem defendesse a responsabilidade em caso de ruptura das negociações em termos latos e abrangentes como é o caso de JOSÉ TAVARES⁶⁹.

Em síntese, à época, apesar de a teoria da *culpa in contrahendo* ser já aceite no ordenamento português (ainda que não existindo um concreto art. a regulá-la), a verdade é que a ideia de responsabilidade por ruptura das negociações era aceite em termos muito limitados.

O passo decisivo e fundamental para a alteração da compreensão das coisas, relativamente à possibilidade de responsabilização por ruptura das negociações foi dado pelo Cód. civil de 1966 (largamente influenciado pelos arts. 197º e 198º do Cód. civil

V. também DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 536.

⁶⁷ *Apud* COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade civil...*; ob. cit.; páginas 42 e 43.

⁶⁸ Nos dias de hoje, apercebemo-nos já que, apesar da extrema relevância que é dada ao princípio da autonomia privada, este deve ser condicionado face a exigências de justiça, como se verifica na fase pré-contratual. Importa, no entanto, recordar que esta restrição da autonomia privada vai ter efeitos apenas num plano indemnizatório.

⁶⁹ “O autor argumentava que as negociações só por si constituíam já um contrato tácito, cujo abandono seria susceptível de implicar responsabilidade por incumprimento”.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das obrigações*; Volume I; página 357.

grego de 1940 e, essencialmente, pelos arts. 1337º e 1338º do Cód. civil italiano⁷⁰ de 1942), por intervenção decisiva de VAZ SERRA, com o surgimento do art. 227º que veio “tornar indiscutível a vigência do princípio, esclarecendo a sua extensão e quadro de operatividade”⁷¹.

Aliás, já antes do Cód. de 1966, o Autor abordava a temática da responsabilidade pré-contratual na sua Obra *Culpa do Devedor ou do Agente*, considerando já que quem entra em negociações deve, desde logo, comportar-se de acordo com o padrão de boa fé.

De salientar, porém, que aquele Autor considerava (erradamente) que numa situação de ruptura das negociações de um contrato sujeito a forma (imposta para assegurar que as partes ponderariam com rigor todas as vantagens e desvantagens do negócio⁷²) não poderia haver lugar a responsabilidade pré-contratual⁷³.

Se é verdade que a exigência de forma tem importantes vantagens para as partes, também o é que não faz sentido excluir a possibilidade de responsabilidade pela ruptura das negociações neste tipo de contratos. É que, a partir do momento em que as partes encetam negociações, vai começando a surgir nelas a confiança na celebração do negócio, devendo aquelas, desde logo, respeitar as regras da boa fé. E isto, independentemente de o contrato estar sujeito a forma ou não.

Fora esta errada compreensão, foi na referida Obra que o Autor lançou as primeiras bases do instituto em causa, procurando estabilizar as divergências que surgiam no âmbito do mesmo.

Deste modo, com o surgimento do art. 227º e com o constante desenvolvimento e preenchimento do critério valorativo da boa fé, é pacífico que, nos dias de hoje, seja

⁷⁰ O art. 1337º indica que as partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa fé e o 1338º “(...) responsabiliza o contraente pelos danos a que dá lugar quando, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não adverte a outra parte”.

V. VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 269 e nota de rodapé (1) e VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 266.

⁷¹ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 22 e 23.

⁷² Sobre as vantagens e desvantagens do formalismo negocial, v. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 428 e seguintes.

⁷³ “Subordinar a cic [culpa *in contrahendo*] à natureza não formal do contrato em negociação, para além de introduzir uma restrição que destituiria, na prática, todo o alcance da figura, é fazê-la depender do contrato a celebrar” - CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 584.

Vmd SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz; *Culpa do Devedor ou do Agente*; páginas 110 e seguintes, onde o Autor procura fundamentar a sua posição; MARTINS, António Carvalho; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 26 e COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 65 e 66.

Hoje em dia, é pacífico entre a doutrina que também os negócios formais devem estar sujeitos às regras pré-contratuais, nos mesmos termos que os contratos não formais ou consensuais.

geralmente aceite pela doutrina a possibilidade de o instituto da responsabilidade pré-contratual ter a sua origem em três tipos de situações diferentes: a ruptura ilegítima das negociações⁷⁴ (objecto principal do nosso estudo); a celebração de um contrato inválido ou ineficaz e; a conclusão de um contrato válido e eficaz, mas em que surgiram danos a indemnizar por violação dos deveres de boa fé⁷⁵. Ou seja, o instituto da responsabilidade pré-contratual vai hoje muito mais além do que as iniciais situações de contratos inválidos ou ineficazes que produzem danos. Actualmente, é possível incorrer-se em responsabilidade pré-contratual, em caso de celebração de um contrato inválido ou ineficaz e, até mesmo, existindo um contrato válido e eficaz⁷⁶, como ocorre quando uma das partes, durante o *iter negotii*, sofre danos pelo facto de o co-contratante ter violado os deveres decorrentes do princípio da boa-fé.

A estrutura da referida relação pré-contratual surge como uma relação obrigacional complexa⁷⁷ sem deveres primários de prestação, na medida em que, estes deveres impostos pela boa fé, no caso concreto do período pré-contratual, assumem-se como laterais⁷⁸, caracterizando-se por terem uma função auxiliar para a possível celebração do contrato⁷⁹.

⁷⁴ No caso concreto da ruptura das negociações visa-se a “tutela da confiança e da expectativa criada entre as partes, na fase pré-contratual, assegurada pela imposição de comportamentos que devem ser conformes à boa-fé, na medida em que se considera que o mero facto de se entrar em negociações é susceptível de criar uma situação de confiança na outra parte, confiança essa que é imediatamente tutelada pelo Direito, mesmo antes de ter surgido qualquer contrato.”

V. Ac. do STJ de 18-12-2012.

⁷⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 36; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das obrigações*; Volume I; página 359 e o ac. do tr. da Relação de Coimbra de 10-07-2013.

⁷⁶ De frisar, como já fizemos, que as hipóteses de poder existir responsabilização por violação dos deveres de boa-fé, apesar de o contrato ser válido e eficaz, são situações que surgiram nas últimas décadas, sendo portanto casos típicos de responsabilidade pré-contratual mais recentes do que as outras duas hipóteses tradicionais.

⁷⁷ Uma relação obrigacional complexa pode ser composta por: deveres primários e secundários de prestação, deveres laterais, direitos potestativos, sujeições, ónus e expectativas jurídicas.

Importa aqui definir os deveres de prestação de forma a poder compará-los com os deveres acessórios.

Os deveres primários de prestação “(...) constituem o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim, definindo, quando se trate de uma relação contratual, o tipo de contrato”

Já os deveres secundários da prestação “(...) podem assumir a modalidade de deveres meramente acessórios da prestação principal – como o dever de guardar a coisa vendida até à data de entrega do comprador, o dever de embalar e transportar essa coisa, etc. - ou antes a modalidade de deveres secundários de prestação autónoma”.

V. ALARCÃO, Rui de; *Direito das Obrigações*; páginas 55 a 58.

Vmd MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; páginas 13 e 14; FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob.cit.; páginas 102 e seguintes, COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 66 e 67 e PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 186 e seguintes.

⁷⁸ RUI DE ALARCÃO demonstra a sua preferência pela expressão “deveres laterais”, em prejuízos de outras como “deveres de conduta”, “deveres acessórios de conduta”, “certos deveres de conduta”, “deveres acessórios de conduta”, “certos deveres de conduta”, “deveres de protecção” e “deveres de tutela”.

Estes deveres, como ensina ANTUNES VARELA, divergem dos deveres primários ou secundários de prestação por dois factores: “primeiro, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta (que variam consoante as circunstâncias concretas de cada situação) surgirem antes (ou independentemente) de se ter constituído a relação obrigacional de onde decorre (ou viria a decorrer) o dever de prestação (art.227º); depois, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta terem como titular activo pessoas estranhas à relação donde nasce o dever de prestação”⁸⁰.

Relativamente à disposição normativa em causa, importa ainda dizer que, diferentemente do que sucedeu com o Cód. civil Italiano, o legislador acabou por consagrar a sanção aplicável no caso em apreço⁸¹. Como mais adiante analisaremos com mais pormenor, a sanção da responsabilidade pré-contratual será sempre a indemnização dos danos e nunca a execução específica ou a acção de cumprimento⁸².

À parte disto podemos salientar ainda que a responsabilidade pré-contratual encontra outras concretizações fora do art. referido – vejam-se os casos dos arts. 229/1 *in fine*; 245º/2, 246º, 898º⁸³ e 908º⁸⁴ do CCP, do art. 8/1º da LDC e do 304-A/2º CVI⁸⁵. Além disto é aceite que também administração pública deverá respeitar o princípio da boa fé, quer a um nível interno, quer nas relações que esta estabelece com os particulares⁸⁶.

No entanto, por exemplo, ANTUNES VARELA designa-os por deveres acessórios de conduta.

ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 56 e VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações ...*; ob. cit.; páginas 125 e seguintes.

⁷⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Cessão...*; ob. cit.; páginas 338 a 351 e NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 192.

⁸⁰ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; páginas 126 e 127.

⁸¹ Vmd sobre o ordenamento jurídico italiano MAURO, Antonio De/ FORTINGUERRA, Fabio; *La Responsabilità...*; ob. cit.; páginas 293 e seguintes.

⁸² Isto apesar de existirem alguns Autores que defendem estas possibilidades, como veremos *infra*.

⁸³ “Estando esta de boa fé, adquire por isso o direito a ser indemnizada pelos danos causados variando a indemnização consoante a nulidade da venda de bens alheios tenha sido sanada ou não (...) No segundo caso, a indemnização limita-se aos danos que não ocorreriam se o contrato não tivesse sido celebrado, ou seja, ao interesse contratual negativo, o que constitui uma solução típica da *culpa in contrahendo*”.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das Obrigações*; Volume III; páginas 107 e 108.

⁸⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das Obrigações*; Volume III; página 119.

⁸⁵ Voltaremos a referir estes dois diplomas aquando do dever de informação decorrente do princípio da boa fé.

V. também DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 560.

⁸⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos I – Conceito, Fontes, Formação*; páginas 202 e 203; GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 73 a 75 e VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 265.

ANA PRATA relembra o parecer número 138/79, da Procuradoria-Geral da República, que afirmava que «a administração deve considerar-se, entre nós, em princípio, sujeita à obrigação de indemnizar com fundamento em responsabilidade pré-contratual».

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 35.

Do exposto somos levados a concordar com Autores como MOURA VICENTE⁸⁷ ou BAPTISTA MACHADO⁸⁸ quando referem que nos últimos tempos tem havido uma *proliferação, em legislação extravagante, dos deveres pré-contratuais*, de forma a garantir uma maior certeza e garantia das expectativas nas relações estabelecidas, bem como um maior equilíbrio entre as partes. E isto porque como veremos mais detalhadamente, aquando da análise do princípio da boa fé, em particular do estudo dos deveres emergentes daquele padrão de conduta na fase pré-contratual, não existe uma lista concreta e fechada destes, na medida em que, só perante a situação concreta se poderá aferir se a pessoa actuou (ou não) de acordo com a boa fé.

Deste modo, chegados aqui, e visto que as situações de responsabilidade por ruptura das negociações encontram o seu fundamento no preceito normativo do 227º, importa agora tecer algumas considerações relativamente aos princípios que se encontram em jogo no âmbito deste preceito legal.

C) O art. 227º CCP: os princípios em colisão

Podemos dizer que na norma em análise está patente uma verdadeira tensão dialéctica entre o princípio da autonomia privada/ liberdade contratual e o da boa-fé⁸⁹ que impõe às partes a obrigação de adoptar certos comportamentos tendo em vista a salvaguarda da parte contrária e um bom e normal decorrer das negociações. Por outras palavras: a *culpa na formação dos contratos* comporta uma verdadeira excepção ao art. 405º, na medida em que o legislador procurou condicionar a liberdade de afastamento das negociações (vertente negativa da liberdade contratual – ideia de *freedom from contract*) tendo em vista a celebração de um negócio, de forma a salvaguardar os valores da confiança e das legítimas expectativas criadas⁹⁰.

⁸⁷ VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; páginas 277 e 278.

⁸⁸ MACHADO, J. Baptista; *Tutela da Confiança e «Venire contra Factum Proprium»*; páginas 360 a 362.

⁸⁹ A boa-fé “exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores ético-jurídicos da comunidade, pelas particularidades da situação concreta a regular e por uma juridicidade social e materialmente fundada. A consagração da boa-fé corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra-legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha”, sendo que, indica também o Autor, o princípio da confiança, é uma das manifestações da ideia de boa-fé.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 124 e seguintes.

⁹⁰ GOMES, Orlando; *O Princípio da Boa Fé no Código Civil Português*; página 173 e MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula do Razoável*; páginas 463 e seguintes.

Por outras palavras, na situação concreta de uma ruptura das negociações temos presentes, de acordo com os ensinamentos de MOTA PINTO⁹¹, dois interesses individuais em conflito: o do autor da ruptura a invocar o princípio da liberdade contratual, com vista a poder romper um negócio que já não lhe interessa e; o do negociador que procura impor o respeito pelo princípio da boa fé de forma a ver salvaguardadas as suas expectativas, sendo indemnizado pelo desrespeito das regras que emergem daquele princípio.

1. A autonomia privada e a liberdade contratual⁹²

Vejamos então: o princípio da autonomia privada (princípio estruturante e fundante do direito civil) permite que as pessoas possam actuar e regular as suas actuações jurídicas mediante os seus interesses⁹³.

De braço dado com aquele, está o princípio da liberdade contratual, consagrado no art. 405º, de onde se pode retirar a liberdade de celebração ou conclusão dos contratos, a liberdade de escolha da contraparte e a liberdade de fixação do conteúdo contratual⁹⁴. No entanto, apenas esta última vem expressamente consagrada na letra do preceito em causa.

Importa já salientar que aquela liberdade, consagrada em termos amplos na disposição normativa referida, não proíbe que se iniciem negociações com outros terceiros⁹⁵. Por outras palavras, as partes em negociações podem perfeitamente iniciar contactos com um terceiro com vista à celebração do mesmo contrato, na medida em que esta atitude não se afigura, em regra, ilícita⁹⁶. Aliás, basta pensar nos casos de pacto de

⁹¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 171 e seguintes.

⁹² A liberdade contratual acaba por ser uma ramificação da autonomia privada.

⁹³ Este princípio surge como “um dos veículos do livre desenvolvimento da personalidade humana”. ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 76.

⁹⁴ Diferentemente, do que sucede nos negócios obrigacionais, nos negócios reais, familiares ou sucessórios, a liberdade contratual é muito limitada, bastando-se ao mínimo de se poder celebrar ou não o negócio. GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 68 e 69.

⁹⁵ Tende-se a considerar que não existe um dever de não se negociar com dois ou mais sujeitos ao mesmo tempo “(...) salvo se algum dos contratantes, razoavelmente, possa fazer despesas excepcionais para concluir o contrato”.

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 63.

⁹⁶ Imagine-se a situação avançada por ALMEIDA COSTA em que o vendedor está a negociar com dois compradores ao mesmo tempo e rompe o negócio com um deles, já que a proposta do outro é mais vantajosa financeiramente. Neste caso estaríamos perante uma causa justificativa da ruptura.

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 63.

MARIANA FONTES DA COSTA considera que, em regra, nas situações em que o vendedor acaba por aceitar a proposta contratual de terceiro, por esta ser economicamente mais favorável ou por mera razão de ordem pessoal, não haverá lugar a responsabilidade pré-contratual.

COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 57.

preferência, onde a negociação do obrigado à preferência e um terceiro vai se revelar fundamental quer para a decisão de conclusão do contrato, quer para a fixação do seu conteúdo⁹⁷.

Do exposto podemos retirar a ideia de que, no período de formação do contrato, por muito mais avançadas que estejam as negociações, os envolvidos terão sempre o direito de as abandonar⁹⁸, devendo de imediato avisar a parte contrária de forma a não criar nela uma maior expectativa de celebração do contrato. Por outras palavras: o facto ilícito que está na origem da convocação do regime do art. 227º não é o abandono das negociações, mas sim o desrespeito pelas regras da boa fé.

A entrada em negociações impõe sempre a necessidade de os envolvidos naquela actuarem de forma correcta, honesta e leal e nunca a obrigação de se celebrar o contrato – é, por isto, que o principal efeito da responsabilidade pré-contratual é a indemnização pelos danos causados e nunca a obrigação de celebrar o contrato, como veremos poder suceder aquando da celebração de um contrato-promessa.

Foi neste sentido que o legislador acabou por condicionar os referidos princípios por uma ideia de boa fé: tomou em consideração que seria impensável imaginar, por exemplo, a hipótese de as partes, aquando da formação do contrato, actuarem dolosamente, com vista a originar danos na contraparte ou a possibilidade de, por muito avançadas que estivessem as negociações, uma das partes produzir uma ruptura injustificada das mesmas. Até porque, obviamente, permitir uma total liberdade das partes abriria portas a situações de injustiça na aplicação do direito⁹⁹.

No entanto, sempre acaba por dizer, que tais considerações terão de ser perspectivados perante a situação concreta.

⁹⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase Preliminar do Contrato*; página 317.

No decorrer das negociações, as partes podem aliás estabelecer «acordos de negociação exclusiva» que consistem na obrigação de, durante um certo período temporal, as partes não poderem desenvolver negociações paralelas. Estes acordos, normalmente, vêm acompanhados de cláusulas penais.

LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade Pré-contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*; páginas 65 a 67.

⁹⁸ Veremos, por isso, mais adiante os pressupostos a averiguar para analisar se estamos na presença de uma (in)justa ruptura das negociações.

Seria impensável aceitar a responsabilização de todas as hipóteses de ruptura das negociações

⁹⁹ Citando DOMINGAS ALEXANDRA GARCIA, “não se trata aqui de obrigar uma das partes a cumprir o que prometeu anteriormente, quando no desenrolar dos contactos exploratórios de um determinado contrato, de acordo com a sua convicção, já não lhe convém prosseguir as negociações, mas apenas aceitar que pode ter lugar a indemnização no caso em que ofende as expectativas que ele próprio alimentou”.

GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 70.

Em conclusão, podemos dizer que, na fase de formação dos contratos, o legislador teve de cruzar as exigências fundamentais de dois princípios¹⁰⁰ como são: o da autonomia privada e da liberdade contratual a reclamar a não vinculação a qualquer tipo de negociação e o da boa fé impondo o respeito pelas legítimas expectativas da parte com quem se negocia.

Por fim, antes de entrarmos na análise do princípio da boa fé, importa dizer que a autonomia privada e a liberdade contratual permitem aos envolvidos nas negociações celebrarem certos acordos relativos às cláusulas do negócio em estudo. Aliás, a já referida cada vez maior complexidade no processo de formação dos negócios, a um nível plurilocalizado, leva a que, muitas vezes, estes acordos sejam necessários. No entanto, o estudo desta matéria virá consagrado no segundo capítulo, aquando da análise do período pré-contratual.

2. O princípio da boa fé¹⁰¹

Pela complexidade de que goza o princípio da boa fé¹⁰² importa tecer algumas considerações num âmbito mais geral, para depois se partir para a particular situação em análise.

Começamos por dizer que a ideia de *fides* surgiu, pela primeira vez, referida no direito romano, onde era definida “como o elo que liga as pessoas por uma obrigação de honestidade”¹⁰³.

Na idade Contemporânea a boa fé surge, pela primeira vez, no Cód. Civil Francês de 1804 (Cód. de Napoleão), mas apenas na sua vertente subjectiva¹⁰⁴, especialmente no

¹⁰⁰ Os princípios “(...) formam a estrutura do direito civil, sustentando as normas que os desenvolvem e dando-lhes um sentido e uma função”.

V. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 95.

¹⁰¹ V., para uma singular perspectiva da boa fé, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de; *O princípio da boa fé como fórmula vazia?*; páginas 719 a 732.

Para FRANZ WIEACKER a consagração de certas cláusulas gerais (como a boa fé) tem como objectivo «adaptar os códigos às mutações sociais e às compreensões da época», cabendo à jurisprudência e à doutrina o preenchimento daquelas mesmas cláusulas.

WIEACKER, Franz; *História do Direito...*; ob. cit.; página 546.

¹⁰² A etimologia da palavra boa fé remete-nos para a ideia de “honestidade, confiança, lealdade, sinceridade, fidelidade”.

PEREIRA, Caio Mário Da Silva; *Idéia de Boa Fé*; página 29.

¹⁰³ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 111.

âmbito da boa fé possessória¹⁰⁵. Por sua vez, a boa fé em sentido objectivo apenas viria a surgir e a desenvolver-se com o Cód. Civil Alemão, sendo que foi a partir deste último diploma que se começaram a criar as bases para um desenvolvimento do princípio da boa fé *tout court*¹⁰⁶.

Nestes termos, como já deixámos subentendido, podemos distinguir duas vertentes do princípio da boa fé: uma subjectiva e outra objectiva.

Aliás, ao longo do nosso Cód. Civil¹⁰⁷ são vários os arts. que consagram e apelam ao instituto em causa. No entanto, se em algumas delas a boa fé surge como um estado de espírito do sujeito (concepção subjectiva do princípio¹⁰⁸), no norma do 227º ela aparece na sua vertente objectiva¹⁰⁹, isto é, como princípio e regra que as pessoas devem obedecer.

¹⁰⁴ A vertente subjectiva da boa fé não será neste trabalho alvo de análise aprofundada, na medida em que se encontra fora do âmbito deste trabalho. Daremos apenas a definição da mesma para a sua comparação com a vertente objectiva do mesmo princípio.

¹⁰⁵ GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 49.

¹⁰⁶ O princípio da boa fé acabou por se desenvolver em vários ordenamentos jurídicos (veja-se que, no entanto, no direito inglês a ideia de a liberdade contratual ser condicionada pelo princípio da boa fé durante a fase formativa dos contratos não colhe, já que predomina a ideia de que um negociador actua sempre por sua conta e risco – a liberdade contratual é assim amplamente protegida) e até no âmbito do Direito Europeu dos Contratos, como adiante analisaremos.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 118 e 119; nota de rodapé 28.

¹⁰⁷ Convém referir que já no período do Cód. de Seabra, quer a doutrina, quer a jurisprudência, se referiam já ao princípio da boa fé, não sendo este, no entanto, compreendido com a amplitude que agora sucede.

SALVADOR, Manuel Júlio Gonçalves; *A Boa Fé nas Obrigações*; página 7.

¹⁰⁸ Segundo MENEZES CORDEIRO este estado do sujeito pode incidir “(...) ora como um mero desconhecimento ou ignorância de certos factos – arts. 119/3º, 243/2º, 1260/1º e 1340/4º - ora como um seu desconhecimento sem culpa ou ignorância desculpável – arts. 291/3º e 1648/1º - ora, finalmente, pela consciência de determinados factores – art. 612/2º”.

CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito Civil I*; página 964.

¹⁰⁹ RUI DE ALARCÃO afirma que a boa-fé em sentido objectivo “(...) constitui um princípio normativo e envolve uma cláusula geral e é sabido que tais esquemas são dotados de grande elasticidade, postulando o afastamento de soluções imediatas e formalmente acabadas em favor de linhas ou critérios gerais de orientação, as quais permitirão chegar à resolução dos problemas jurídicos concretos mas só através da mediação de uma actividade concretizadora na esfera de aplicação do direito (...) [e] reporta-se a um princípio normativo que exige a valoração da conduta das partes como honesta, correcta e leal”, podendo actuar através de normas legais ou por “remissões para uma cláusula geral”.

ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; páginas 90 e seguintes.

PAIS DE VASCONCELOS começa por considerar que o princípio da boa fé tem a sua origem no direito natural, afirmando que na vertente objectiva do conceito “trata-se já não tanto de aferir da boa fé ou má fé com que alguém está ou foi investido numa situação jurídica determinada, mas antes de julgar da conformidade de uma certa actuação com as regras da boa fé. A boa fé surge aqui como portadora de critérios de actuação honesta e honrada, como padrão ou «standard» jurídico”.

VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria Geral do Direito Civil*; páginas 22 e 23.

Para ALMEIDA COSTA a boa fé “(...) constitui um atributo do homem razoável que esperamos”.

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Intervenções fulcrais da Boa Fé nos Contratos*; página 299.

Importa salientar, como faz MENEZES CORDEIRO, que a boa-fé em sentido objectivo surge no CCP em cinco institutos: para além do art. 227º que consagra a culpa na formação dos contratos, existe ainda a integração de lacunas (art. 239º), o abuso de direito (art. 334º), a modificação dos contratos por alteração das circunstâncias (art. 437/1º) e a complexidade das obrigações (art. 762/2º).

Sendo assim, na formação dos contratos, a boa fé em sentido objectivo surge como um padrão de comportamento que impõe a adopção de condutas leais e honestas, de forma a evitar possíveis conflitos, com vista, quer à protecção das expectativas e da confiança que se vão criando em ambas as esferas jurídicas, quer a salvaguarda da parte economicamente mais fraca.

Neste sentido grande parte da doutrina¹¹⁰ tende a referir que o princípio da boa fé, no âmbito de formação dos contratos, está, na esteira de DÖLLE¹¹¹, intimamente ligado com a ideia de confiança¹¹², na medida em que naquelas situações, as partes confiam na validade e futura celebração do negócio em discussão.

Compreende-se que assim seja: a confiança que se estabelece entre as partes, aquando das negociações, é algo de relevante no âmbito da previsibilidade e segurança dos intervenientes. Por outras palavras, e citando MOREIRA DA SILVA¹¹³, “a confiança é um bem jurídico demasiado importante para que o Direito possa deixar de a tutelar”. Aliás, veremos *infra* que é exactamente esta relação de confiança e proximidade que se estabelece entre os negociadores que leva alguns Autores a considerar que não estamos perante um tipo de responsabilidade extracontratual.

Voltando um pouco atrás, a verdade é que a boa fé não tem apenas como objectivo impedir toda a lesão na esfera jurídica do outro negociador (vertente negativa do princípio), mas busca também uma verdadeira «colaboração activa» “no sentido da satisfação das expectativas alheias”¹¹⁴.

Do que já foi exposto facilmente podemos aferir que é impossível fornecer um conceito de boa fé específico e definitivo, na medida em que este é um termo aberto, em constante evolução. A boa fé assume-se, pois, como um verdadeiro conceito indeterminado e como uma cláusula geral¹¹⁵ que busca o seu preenchimento e a sua concretização que

CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito...*; ob. cit.; páginas 967 e seguintes.

¹¹⁰ Por exemplo, COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 54 e 55; PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 25; SALVADOR, Manuel Júlio Gonçalves; *A Boa Fé...*; ob. cit.; página 12; PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 150.

¹¹¹ Tal como nos indica MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 560.

¹¹² Importa referir que nem toda a situação de confiança deve merecer a tutela do direito. Para aferir em que situações, essa relação deve ser (ou não) tutelada veja-se os pressupostos referidos por MENEZES CORDEIRO. CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito...*; ob. cit.; páginas 186 e 187.

¹¹³ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 47.

¹¹⁴ V. COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*; páginas 305 e seguintes e *Intervenções fulcrais...*; ob. cit.; página 301. No mesmo sentido PEREIRA, Caio Mario Da Silva; *Idéa...*; ob. cit.; página 27.

¹¹⁵ As cláusulas gerais surgem enquanto “critérios valorativos de apreciação”, de forma a permitir uma “(...) adaptação às várias situações da vida, adaptação fundamentalmente a cargo da jurisprudência, a quem incumbe concretizar estes critérios e conceitos carecidos de preenchimento”

caberá maioritariamente a considerações da doutrina e, essencialmente, a análises do intérprete, que deverá averiguar da razoabilidade das actuações adoptadas pelos negociadores, isto mediante a situação do caso concreto.

No entanto, tal consideração poder-nos-ia levar a considerar que este amplo poder atribuído ao intérprete poderia levar a que se instalasse, na aplicação do direito, um verdadeiro jogo de influências e de arbitrariedade, como nos refere Wieacker¹¹⁶, o que não seria aceitável. A verdade é que o juiz está, na realização da sua tarefa, sujeito ao direito e às suas fontes¹¹⁷.

É que como sabemos a superação do positivismo-legalista decorreu da percepção de que o direito ia muito além da lei, na medida em que não bastava o direito criado pelo legislador. Essa percepção, para além da alteração que provocou ao nível das fontes jurídicas e da interpretação das normas, permitiu que se abrisse a porta, em vários diplomas nacionais, às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados.

Perante estas «figuras», o juiz deve assumir-se como um verdadeiro mediador entre o direito e a situação concreta. É verdade que lhe cabe, por tudo o que já referimos relativo ao preenchimento dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, um papel discricionário, mas nunca parcial ou desprovido de valores jurídicos.

Mas importa aqui focarmo-nos na boa fé e, por isso, questionamo-nos: como se deve concretizar aquela mediação a que fizemos referência? Obviamente, de acordo com o que temos vindo a dizer, só através da real percepção do caso concreto e das anteriores aplicações objectivas do princípio da boa fé, de forma a assegurar uma margem de alguma segurança jurídica às partes em negociação¹¹⁸.

V. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 87 e 88.

Por outras palavras, atente-se nas palavras de Judith Martins-Costa: “as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de directivas económicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”.

V. CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 114; nota de rodapé 15; ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-Contratual: um caso de ruptura das negociações e a confiança do lesado*; páginas 47 e 48 e MACHADO, J. Baptista; *Tutela da Confiança...*; ob. cit.; páginas 360 a 362 e ENGISCH, Karl; *Introdução ao pensamento jurídico*; páginas 173 e 188 e seguintes.

¹¹⁶ *Apud* SILVA, Eva Sónia Moreira da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 40.

¹¹⁷ Vmd sobre as fontes ASCENSÃO, José De Oliveira; *O Direito – Introdução e Teoria Geral*; páginas 255 e seguintes.

¹¹⁸ “Nessa tarefa concretizador ou de preenchimento do «espaço vazio» da cláusula, não se podem desconhecer ou esquecer o conteúdo do princípio da boa fé objectivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, bem como a estrutura da hipótese em causa”.

Além disso, acrescenta-se que o art. 227º não consagra concreta e especificadamente as obrigações que, no período pré-contratual, incidem sobre os negociadores¹¹⁹. No entanto, o princípio da boa fé em sentido objectivo permite-nos aferir, de forma abstracta, inúmeros deveres como, por exemplo, o de não iniciar negociações com vista à produção de danos à outra parte, o de tentar evitar divergências entre a vontade e a declaração ou, mais importante para este trabalho, a impossibilidade de uma ruptura ilegítima das negociações quando esta quebre uma relação de confiança que se encontrava já num estado bastante avançado.

Ou seja, será impensável definir *à priori* todos os (concretos) deveres que emergem da disposição normativa em análise¹²⁰, bem com o seu âmbito e alcance. Mas tal tarefa já será possível se tivermos em conta certas hipóteses exemplificativas, em geral de casos de responsabilidade pré-contratual e, em particular, de situações de ruptura das negociações.

Em suma, podemos dizer que “a boa fé constitui fonte autónoma de criação de deveres”¹²¹, cabendo-nos agora perceber quais são alguns desses deveres.

2.1. O conteúdo do princípio da boa fé, na fase de formação dos contratos¹²²

Indicámos já *supra* que a boa fé em sentido objectivo deu os seus primeiros passos (e desenvolveu-se) no ordenamento jurídico alemão, o que nos leva a iniciar a nossa análise exactamente por aquele.

Surgiram, no âmbito daquele sistema jurídico¹²³, duas teorias referentes ao conteúdo da obrigação entre os negociadores, que MOTA PINTO¹²⁴ nos dá a conhecer: uma concepção mais restrita que englobava meros deveres de declaração (que seriam

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Intervenções fulcrais...*; ob. cit.; páginas 298 e 299.

¹¹⁹ Compreende-se que esta parece ter sido a melhor opção legislativa, na medida em que uma rígida enunciação de tais deveres, por parte do legislador, poderia dar azo a deixar de fora outros que não fossem consagrados.

¹²⁰ O legislador acabou por alterar a ideia que tinha ficado patente no anteprojecto de 1957, onde definia concretamente os deveres impostos às partes na formação do negócio.

VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 268.

¹²¹ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 127.

¹²² Consultar o ac. do STJ de 19 de Janeiro de 1978, de 6 de Dezembro de 1978, de 5 de Fevereiro de 1981 e de 14 de Outubro de 1986.

V. CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão do Negócio, Culpa in Contrahendo*; páginas 162 a 164.

¹²³ De referir que neste ordenamento jurídico a responsabilidade pré-contratual tem uma natureza contratual. Aliás, como veremos também mais adiante, a protecção concedida ao lesado no âmbito da responsabilidade extracontratual é mais fraca do que aquela que é fornecido pela responsabilidade contratual.

¹²⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 154 e seguintes.

compostos pelos deveres de informação e pelo dever de verdade) e; uma concepção mais ampla¹²⁵ que abrangia também, para além daqueles, os deveres de conservação e de cuidado.

No entanto, para o OJP, será de recusar a concepção ampla, isto é, a compreensão de que a boa fé engloba no período pré-contratual os deveres de cuidado e de conservação, essencialmente por não termos o problema de uma frágil protecção concedida ao lesado nas situações de responsabilidade extracontratual (como vimos que sucede na Alemanha)¹²⁶.

Deste modo, em Portugal, aquando de um ataque ao património de outrem, dever-se-á convocar o regime da responsabilidade extracontratual (art. 483º), na medida em que este protege o indivíduo enquanto titular de direitos absolutos (direitos reais¹²⁷).

Compreende-se que assim seja: as pessoas não necessitam de iniciar uma negociação para saberem que devem respeitar e salvaguardar a integridade física ou moral e o património de todos os outros. Esta é uma exigência da vida em comunidade e não faz

¹²⁵ Atente-se no caso do linóleo.

V. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 547.

¹²⁶ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 302; VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; página 491 e RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual: Breves Anotações sobre a Natureza e o Regime*; páginas 750 e 751.

¹²⁷ Podemos definir direito real como “o poder directo e imediato sobre uma coisa que a ordem jurídica atribui a uma pessoa para satisfazer interesses jurídico-privados nos termos e limites legalmente fixados”

V. JUSTO, A. Santos; *Direitos Reais*; página 13.

Ao lado dos direitos reais, enquanto direitos absolutos surgem os direitos de personalidade (arts. 70º e seguintes e 483º). No entanto, estes não lesam directamente o património do indivíduo, mas sim *os seus vários modos de ser*.

Os direitos de personalidade são definidos por MOTA PINTO como “(...) direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade”.

Todo e qualquer direito de personalidade se afigura como um direito absoluto (diferentemente do que sucede com os direitos de crédito que são direitos relativos, valendo e criando deveres apenas *inter partes*), que se impõe a todas as pessoas (são oponíveis *erga homnes*), devendo ser respeitado por todos, possuindo, pois, uma estrutura defensiva. Assim, normalmente, do lado passivo existe uma obrigação universal de respeito ou um dever geral de abstenção, que se consubstancia num comportamento negativo. No entanto poderá também, excepcionalmente, em certas situações, consubstanciar-se num comportamento positivo, isto é, em deveres gerais de acção (art. 486/1º), que incidem sobre toda e qualquer pessoa que se encontre nas condições previstas pelas normas para defesa dos bens da personalidade.

É relevante afirmar que, nestes termos, a maioria dos direitos de personalidade existem desde o preciso momento em que a Pessoa nasce, ou seja, assumem-se como direitos inatos. No entanto, e influenciado pela enorme amplitude do direito geral de personalidade previsto no art. 70/1º, podemos dizer que existem também direitos de personalidade adquiridos, ou seja “(...) direitos que para a sua existência requerem outros e ulteriores requisitos, além da personalidade jurídica (...) como v.g. os poderes relativos ao direito ao nome, ao direito moral de autor, ao sigilo de cartas-missivas, à não divulgação de retratos e à reserva sobre factos íntimos da vida familiar”

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 100 e 101 e SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de; *O Direito Geral de Personalidade*; páginas 416 e 417.

sentido, em Portugal, englobar no âmbito do art. 227º um dever de conservação e de cuidado, decorrente da simples entrada em negociações.

Diferentemente, o mesmo não sucede com os deveres de informação e de lealdade, na medida em que estes nascem do facto de os envolvidos se encontrarem em negociação com vista à formação do contrato. Portanto, estes deveres surgem e emergem na esfera jurídica das partes em função de as mesmas procurarem celebrar um negócio.

No entanto, MOTA PINTO considera que não faz sentido decompor o dever de declaração referido *supra*, aquando das concepções que surgiram no direito Germânico, em uma obrigação de informar e uma obrigação de verdade, como defendia HILDEBRANDT¹²⁸. Na opinião do Autor existem, numa relação pré-contratual, inúmeros deveres a que as partes estarão obrigadas e, nem sempre aqueles serão semelhantes em toda e qualquer relação pré-contratual.

No entanto, em nossa opinião, a verdade é que cremos poder individualizar, no OJP, dois grandes grupos de deveres pré-contratuais: os de informação ou esclarecimento e os de lealdade. Deveres esses que, por sua vez, se dividem em vários outros, como adiante veremos.

Façamos então um ponto de ordem: do ordenamento jurídico germânico retiram-se então *os deveres de protecção* que já explicámos não fazerem sentido no quadro normativo português; *os deveres de esclarecimento* a exigir que, caso seja necessário, as partes troquem informações com vista a uma melhor compreensão do negócio em estudo e; *os deveres de lealdade*, a que ao longo do trabalho já fomos fazendo referência, a impor um comportamento verdadeiro, correcto e justo por parte dos envolvidos, procurando e unindo esforços com vista à celebração definitiva do contrato¹²⁹.

No entanto, importa referir que apesar de estes deveres emergirem de uma disposição legal, como observa PAIS DE VASCONCELOS, estes estão «limitados pela razoabilidade», isto é, às partes não pode ser exigível o cumprimento de certos deveres

¹²⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 156 e 157.

¹²⁹ CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão...*; ob. cit.; páginas 160 e 161 e *Tratado de Direito...*; ob. cit.; página 967; ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil...*; ob. cit.; páginas 444 e seguintes; VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 268.

CARNEIRO DA FRADA põe em causa aquela distinção.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob.cit.; páginas 107 e 108.

que, por exemplo, possa por em risco informações relativas ao clausulado contratual em análise¹³⁰.

Visto isto importa, à luz da especificidade do OJP, analisar e desenvolver um pouco mais dos deveres concretos que a cláusula de boa fé impõe aos envolvidos na formação de um contrato, partindo da análise dos deveres de informação ou de esclarecimento e dos deveres de lealdade.

a) Deveres de esclarecimento e de informação¹³¹

Antes de mais cumpre distinguir o dever de esclarecimento do de informação: se o primeiro emerge após um cumprimento espontâneo por parte do devedor, o segundo surge após questões colocadas pelo credor da informação¹³². No entanto, em ambos estamos perante uma situação em que se procura o conhecimento de uma dada informação relativa ao negócio em discussão.

Deste modo, as partes devem no processo de formação do contrato fornecer as informações¹³³ e esclarecimentos para que a outra possa ter uma opinião concreta e razoável do negócio a celebrar.

Mas em que consiste em concreto estes deveres de esclarecer e de informar?

Ponto óbvio é o dever de não se fornecerem informações falsas, susceptíveis de levar o outro negociador a ser induzido em erro¹³⁴, na medida em que tal comportamento colocaria em causa a relação de confiança que se vai estabelecendo entre os envolvidos na formação do negócio – vertente negativa do dever de informar.

Nesta perspectiva impõe-se tecer algumas considerações sobre a falta e os vícios da vontade, mais concretamente sobre o dolo e o erro. Ora, do exposto no Cód. civil

¹³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; páginas 492 e 493.

¹³¹ SILVA, Manuel Duarte Gomes da / CABRAL, Rita Amaral; *Responsabilidade Pré-contratual*; página 451.

¹³² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*; páginas 358 e 359; nota de rodapé (65) e SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 70.

¹³³ Ao longo deste trabalho iremos tecer algumas considerações relativas a algumas das diferenças que se verificam entre os países de *civil law* e os de *common law*. Aqui, podemos já realçar que não existe, no direito inglês, qualquer dever de informar a pessoa com quem se negocia sobre factos que possam condicionar a sua decisão de contratar.

VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 277.

¹³⁴ Há quem fale, a este propósito, num dever de clareza, isto é, uma obrigação de as partes não se exprimirem de forma a levar a contraparte a cair em erro.

V. PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 65 e 66 e ac. do tr. da Relação de Coimbra de 18-01-2011.

percebemos perfeitamente que quem incorrer em dolo (arts. 253º e 254º) ou erro (arts. 247º e seguintes) poderá exigir a anulação do contrato e ainda a responsabilidade pré-contratual. No entanto, relativamente à matéria respeitante ao primeiro importa ir um pouco mais longe, na medida em que a norma presente no 253º/2 se refere a uma modalidade concreta daquele - as situações de dolo tolerado (*dolus bonus*).

Não sobram dúvidas que, nas situações de responsabilidade pré-contratual pode não se exigir o dolo (poderá bastar a mera culpa, como veremos adiante na matéria dos pressupostos), mas quando este seja uma realidade estarão excluídos daqueles casos as hipóteses previstas no art. 253º/2. Por outras palavras, para efeitos de aplicação da norma do 227º o que releva é o *dolus malus*¹³⁵ (art. 253º/1), na medida em que, “o dolo tolerado, a que se reporta o art. 253º, nº2, do Cód. Civil, constitui, em qualquer caso, um limite à responsabilidade pré-contratual”¹³⁶.

No entanto a posição que agora sufragamos não é aceite por todos, na medida em que, por exemplo, ANA PRATA parece defender a susceptibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade pré-contratual em casos de dolo tolerado¹³⁷.

Cremos que nas situações de *dolus bonus* apenas haverá lugar à acção de anulação e já não a responsabilidade pré-contratual, exactamente por lhe faltar a característica da ilicitude, como se lê no início do art.253º/2.

Retomando a matéria dos deveres de informação, é de realçar que a grande dificuldade está mesmo no preenchimento do âmbito de conteúdo positivo daqueles, ou seja, na medida da exigência das partes fornecerem as informações devidas.

¹³⁵ ALMEIDA COSTA fornece este exemplo: “A dirige-se ao estabelecimento de B para comprar o objecto X e declara a B que acha o respectivo preço muito exagerado, acrescentando que apenas lho adquire porque necessita urgentemente e sabe que não o encontra noutra loja da localidade a preço inferior; contudo, B tem notícia de que um colega do mesmo ramo de negócio, C, com porta aberta em rua próxima, vende o objecto X mais barato, dado que o recebeu numa antiga remessa do fabricante. É legítimo o silêncio de B, em face do n.2 do art. 253º?”.

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Intervenções fulcrais...*; ob. cit.; página 302.

¹³⁶ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual ...*; ob. cit.; página 264.

V. também MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 376 e seguintes; CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão...*; ob. cit.; páginas 164 e 165 e COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Intervenções fulcrais...*; ob. cit.; página 302.

Este último Autor, apesar de afirmar que, se numa *perspectiva formal*, se pode dizer que a responsabilidade pré-contratual *se apoia em factos que não se qualificam como dolo tolerado*, defende também que tal ideia *tão redutora é manifestamente insatisfatória*.

Também CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO afirma que “só é relevante, como fundamento de anulabilidade e de responsabilidade, o *dolus malus*”. No entanto, salienta o Autor que CASTRO MENDES critica este entendimento.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 524.

¹³⁷ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 118 e 119.

Podemos então perguntar: como sabemos em que medida concreta deverá a informação se prestada? Isto é, com exclusão dos casos em que é a própria lei a fornecer o critério de aplicação do dever de informação, tal como sucede como acontece com os arts. 7/1º do CVI (bem como o art. 304º-A/2)¹³⁸, 5º¹³⁹ e 6º¹⁴⁰ das CCG¹⁴¹ ou o art. 8/1º LDC¹⁴², como poderemos saber a dimensão de aplicação ao caso concreto daquele dever?

DÁRIO MOURA VICENTE aponta três hipóteses possíveis: “a admissão de um dever geral de informar ou esclarecer espontaneamente a contraparte nos preliminares do contrato quanto a todos os aspectos relevantes para a sua decisão de contratar; a imposição desse dever tão-só quando ele resulte da lei, de estipulação negocial ou das concepções dominantes no tráfico jurídico; ou a sua consagração quanto aos factos que sejam importantes para a decisão da contraparte de contratar e de que esta por si só não pode obter conhecimento ou, independentemente deste último requisito, sempre que se verifique entre as partes uma desigualdade ou desnível na informação que possuem ou na possibilidade de acederem à mesma, que faça supor a existência de uma especial

¹³⁸ “A informação respeitante a instrumentos financeiros, a formas organizadas de negociação, às actividades de intermediação financeira, à liquidação e à compensação de operações, a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita.”

¹³⁹ Este art. exige a comunicação na íntegra, de modo adequado e com a antecedência necessária, das cláusulas contratuais gerais, de forma a que estas sejam susceptíveis de rigoroso conhecimento por quem use de comum diligência.

¹⁴⁰ Esta disposição normativa exige a informação por parte do contratante que recorra às cláusulas contratuais gerais, de todos os aspectos nela compreendidos, cuja aclaração se justifique, bem como a prestação de todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.

¹⁴¹ “Art. 5º/ 1 - As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las.

2 - A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.

3 - O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais.

Art. 6º/ 1 - O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. 2 - Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.”

Caso não sejam cumpridas estas obrigações, consideram-se as cláusulas excluídas dos contratos, nos termos do art. 8º.”

Sobre a boa fé no âmbito das cláusulas contratuais gerais vmd, ASCENSÃO, José De Oliveira; *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*; páginas 573 a 595.

¹⁴² “O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar de forma clara, objetiva e adequada o consumidor, nomeadamente sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico e consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço.”

necessidade de protecção de uma delas mediante a imposição à outra de um dever de informar”¹⁴³.

Uma coisa parece certa: não existe no OJP um dever geral de informação ou de esclarecimento sobre todas as cláusulas do contrato em negociação¹⁴⁴, na medida em que há, nesta fase, um conflito “(...) algures entre as fronteiras de dois interesses antagónicos: o interesse dos potenciais contraentes em conhecer todos os factores relevantes para a negociação e o interesse em prevalecerem-se da informação como trunfo negocial («o segredo é a alma do negócio»)”¹⁴⁵.

Neste sentido MOREIRA DA SILVA refere-se a um dever de hétero-informação¹⁴⁶- para a Autora, aquele dever de informação busca o seu fundamento na *essencialidade da informação*, na *assimetria informacional e a necessidade de protecção* e na *exigibilidade*¹⁴⁷. Aliás, é nesta lógica que cada vez mais se tem alargado o âmbito dos deveres de esclarecimento durante o período das negociações, impondo-se ainda, muitas vezes, sanções penais¹⁴⁸ ou certas exigências de forma¹⁴⁹, face à necessidade de se proteger, muitas vezes, a parte mais vulnerável face a uma assimetria de informação.

Em nossa opinião não restam dúvidas de que o dever de informar é obrigatório nas hipóteses referidas de imposição legal, de estipulação negocial ou de concepção dominante no tráfico, bem como naquelas situações em que estamos perante um desnível de conhecimento das partes (maior intensidade nas situações em que um dos envolvidos na

¹⁴³ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 307.

V., quanto ao direito espanhol, RUBIO, M^o Paz García; *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*; páginas 46 e seguintes.

¹⁴⁴ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 357 e 383; VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 270, RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 751 e 752; SÁ, Almeno de; *Responsabilidade Bancária*; página 50 e MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*; página 249.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; página 210.

¹⁴⁶ “(...) dever de elucidar espontaneamente a outra parte sobre as condições reconhecíveis como importantes para a decisão que, de outra forma, permaneceriam ocultas”

SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): O Caso da Indução Negligente em Erro*; páginas 30 e seguintes

¹⁴⁷ Ideias semelhantes encontram-se em RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 752 e seguintes.

¹⁴⁸ Vmd sobre a matéria das cláusulas penais, v. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 589 e seguintes.

¹⁴⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; página 49 e 373.

negociação surge como «parte mais fraca»¹⁵⁰)¹⁵¹, isto é, quando existe uma singular «necessidade de protecção»¹⁵².

Aliás, relativamente a estas situações de disparidade de informação entre as duas partes em negociações, especialmente quando pensamos naquelas que são estabelecidas entre produtor/vendedor e consumidor, tem levado a que o legislador comece a consagrar expressamente o âmbito dos deveres pré-contratuais de informação. Além disso, muitas das vezes, existe um verdadeiro dever de aconselhar, especialmente quando pensamos naqueles contratos altamente técnicos¹⁵³.

Mas já não existirá violação daquele dever quando o negociador que era obrigado a prestá-los o fez, mas a contraparte não se colocou em situação de obter essa informação¹⁵⁴ – caso viesse, posteriormente, a alegar que não teve acesso à informação, cremos estar perante uma situação de *venire contra factum proprium*¹⁵⁵.

Diferentemente, sucederia se o dever de informação, ainda que prestado, fosse concedido tardiamente, originando danos à contraparte, situação essa que seria fundamento de responsabilidade pré-contratual¹⁵⁶.

No entanto, relembramos que não cremos que seja possível definir *à priori* e de forma absoluta as situações em que aquela obrigação existe e em que medida – só perante o caso concreto e específico se poderá analisar, à luz da relação estabelecida entre as partes, a amplitude e o âmbito do dever de informação. Tanto assim é que a amplitude dos deveres de informação dependerá de variadíssimas causas como, por exemplo, o estado das negociações ou o facto de estarmos perante um negócio que tem na base uma relação de confiança.

¹⁵⁰ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 68, MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 624 e 625; DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 526 e SÁ, Almeno de; *Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 54 e seguintes.

¹⁵¹ Nas palavras de JACQUES GHESTIN “(...) o dever pré-contratual de informar só surge quando ao conhecimento (ou cognoscibilidade) do lado de um dos negociadores se contrapõe a ignorância do outro” Apud SILVA, Manuel Duarte Gomes da / Rita Amaral Cabral; *Responsabilidade Pré-contratual*; páginas 452 e 453.

¹⁵² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; 360.

¹⁵³ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; páginas 12 e 13 e SÁ, Almeno de; *Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 65 e seguintes.

¹⁵⁴ “No que diz respeito, precisamente, ao dever de informação da contraparte, implícito na regra de actuação segundo a boa fé do art. 227º do CC, o que dele está excluído é a obrigação de lhe dar a conhecer elementos ou circunstâncias a que qualquer pessoa tenha acesso desde que actue com a diligência de um homem médio”.

DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 560.

¹⁵⁵ Vmd VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; páginas 268 e 269.

¹⁵⁶ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 50.

Apesar disto, ainda relativamente ao conteúdo positivo do dever de informar, sempre poderemos dizer teoricamente, de acordo com PAIS DE VASCONCELOS, que aquele dever obriga a que um dos negociadores informe o outro, quando perceba que o outro está em erro ou mal informado¹⁵⁷ - a este propósito fala MOREIRA DA SILVA de um ónus¹⁵⁸ de auto-informação, na medida em que “quando uma das partes nas negociações se encontra em erro, poderá a sua contraparte ver-se obrigada a elucidá-la, se conhece o erro e sabe da importância que este tem na determinação da vontade negocial do declarante”¹⁵⁹

Questão pertinente que se pode colocar é a de saber como se interligam estes deveres, emergentes do art. 227º a que nos fomos referindo, com a norma do 485º. É que este último preceito refere no seu número 1 que, em regra, os simples conselhos, recomendações e informações¹⁶⁰ não dão origem a situações de responsabilidade civil¹⁶¹. Se apenas aplicássemos a regra agora referida facilmente teríamos de admitir que não se poderia responsabilizar o negociador que, por exemplo, desse uma informação errada.

O que procuramos saber é se haverá uma limitação da responsabilidade pré-contratual, aquando da violação de um dever de informação ou de esclarecimento, pelo regime da responsabilidade civil por informações ou se, pelo contrário, o âmbito de aplicação da norma do 227º se exclui da do art. 485º¹⁶².

De acordo com SINDE MONTEIRO¹⁶³ e DÁRIO MOURA VICENTE¹⁶⁴ devemos inclinar-nos para a segunda hipótese. É que o preceito 485º só originará responsabilidade civil em

¹⁵⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; página 491.

¹⁵⁸ “Por ónus entendemos a necessidade de adopção de um comportamento para a realização de um interesse próprio (...) O onerado, se não acatar o ónus, não infringe nenhum dever, nem a sua conduta é ilícita, mas perde ou deixa de obter uma vantagem”.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 188.

¹⁵⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 25 e seguintes.

¹⁶⁰ SINDE MONTEIRO começa por colocar em confronto as figuras do conselho, da recomendação e da informação, sendo que considera que, perante as variadas situações da vida prática, será muito difícil descobrir se estamos verdadeiramente perante um conselho, uma recomendação ou uma informação.

“Assim, dar um conselho significa dar a conhecer a uma outra pessoa o que, na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse no seu lugar (...) A recomendação é apenas uma sub-espécie do conselho. Traduz-se na comunicação da boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem é feita a algo (...) Por seu turno, informação, em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas, ou qualquer outra relação (...) É aliás o facto de os três conceitos serem na sua essência parentes próximos – o objecto comum reside na possibilidade de influenciarem a vontade do informado – que justifica o igual tratamento do princípio que tradicionalmente lhes é concedido”

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 14 e seguintes.

¹⁶¹ BAPTISTA MACHADO defende que “em princípio, a regra do nº1 tem em vista informações dadas fora do contexto de uma actividade negocial ou profissional”.

MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; página 549.

¹⁶² VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 271.

¹⁶³ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 626 e seguintes

três situações taxativamente impostas (veja-se o número 2), diferentemente do que sucede com o 227º do mesmo diploma, que tem como objectivo salvaguardar todas as relações de negociação que se possam estabelecer entre aspirantes à celebração de um contrato.

Por outras palavras, o já referido número 2 do art. 485º tem um âmbito limitado, na medida em que apenas impõe a obrigação de indemnizar quando: *se tenha assumido a responsabilidade pelos danos; quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar e; quando o procedimento do agente constitua facto punível.*

Já a disposição normativa do 227º, visa, como já fomos referindo, uma aplicação geral, de forma a que os intervenientes nas negociações estejam obrigados a actuar sempre de acordo com os padrões de boa fé. Assim, mesmo que não se verifique nenhuma das três situações referidas para a disposição normativa do 485º, qualquer informação dada erradamente durante o período de formação do contrato poderá levar a uma indemnização pelos danos causados.

b) Deveres de lealdade¹⁶⁵

Fomos já dando a entender que a actuação leal e honesta das partes é uma exigência da boa fé aquando do simples entrar em negociações. No entanto, não podemos deixar de dizer, segundo os ensinamentos de OLIVEIRA ASCENSÃO, que as exigências de lealdade podem surgir inseridas nos deveres de informação¹⁶⁶ - basta pensar na obrigação do negociador que, efectivamente já não pretende celebrar o contrato, comunicar ao outro os seus intentos, de forma a não criar neste esperanças e expectativas¹⁶⁷.

Também há quem defenda¹⁶⁸ que, como estes deveres de lealdade são de difícil demarcação, não faz sentido estudá-los separada e individualmente, pois, consideram que aqueles emergem do próprio conceito de boa fé, isto é, provêm imediatamente da referência de boa fé.

¹⁶⁴ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 270 e 271.

¹⁶⁵ Nas palavras de PAIS DE VASCONCELOS, “correspondem [os deveres de lealdade] à concretização do mandamento de *honestae agere*”.

VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; página 492.

¹⁶⁶ ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil...*; ob. cit.; página 446.

¹⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão...*; ob. cit.; página 164.

¹⁶⁸ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 132 e 133.

No entanto, apesar das considerações que ficam ditas, devemos considerar e analisar autonomamente estes deveres. Sempre poderemos dizer que estes deveres de lealdade¹⁶⁹ (que correspondem ao dever de verdade na doutrina de HILDEBRANDT¹⁷⁰) impõem que nenhuma das partes: actue como representante de outrem, sem legitimidade para tal; proponha a venda de um objecto fora do comércio jurídico ou; rompa ilegitimamente as negociações¹⁷¹. Daquele se retira, em suma, a ideia de que a actuação das partes deve ser correcta, honesta e leal.

Podemos ir ainda um pouco mais além, na medida em que, do dever de lealdade ainda se poderá retirar a obrigação de segredo relativa a certas informações confidenciais o que origina que FERREIRA DE ALMEIDA¹⁷² acabe ainda por individualizar um dever de sigilo, que surge, neste sentido, como uma especificação do dever de lealdade e que pode até perdurar após a celebração do contrato¹⁷³.

Ora, cremos que, do que foi dito se comprova que os deveres de lealdade acabam por ser um corolário lógico da boa fé, na medida em que, eles emergem logo aquando da referência a este princípio.

D) Breves considerações sobre o instituto da responsabilidade pré-contratual no âmbito dos sistemas anglo-saxónicos (o caso inglês e americano) e do direito internacional

Dissemos já que a ideia de responsabilidade pré-contratual que, como vimos, nasceu na Alemanha com JHERING, acabou por ser, paulatinamente, aceite e desenvolvida nos países continentais – países de *civil law*¹⁷⁴. Mas, até mesmo nestes países existem

¹⁶⁹Vmd relativos ao direito espanhol nesta matéria RUBIO, M^o Paz García; *La Responsabilidad...*; ob. cit.; páginas 53 a 56.

¹⁷⁰PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 156 e 157.

¹⁷¹MENEZES CORDEIRO fala, neste sentido, num dever de *actuação consequente* – v. *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 583.

¹⁷²ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; páginas 217 e 218.

No mesmo sentido PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 63 e 64.

¹⁷³No mesmo sentido CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 583 e DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; páginas 526 e 527.

¹⁷⁴DÁRIO MOURA VICENTE acaba por analisar ao pormenor a situação do direito alemão, suíço, francês, italiano e português.

Importa no entanto afirmar, pela circunstância de serem mais recentes, que nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro a consagração legal da responsabilidade pré-contratual apenas ocorreu após a reforma de 2001 na Alemanha e de 2002 no Brasil. E isto, apesar de já antes destas serem aceites.

diferenças entre os regimes: basta pensar no facto de na Alemanha a responsabilidade pré-contratual ser perspectivada segundo uma origem contratual e, em França, como um tipo de responsabilidade delitual¹⁷⁵.

De forma diferente, relativamente países de *common law*, a teoria da *culpa in contrahendo* acabou por não se desenvolver, especialmente em Inglaterra, onde a entrada em negociações não impõem qualquer obrigação aos intervenientes, na medida em que se compreende que cada participante nas negociações actua por sua conta e risco – princípio do *caveat emptor* -, tendo total autonomia para a recusa de continuar as negociações¹⁷⁶.

Existe nestes países um claro predomínio do princípio da autonomia privada, na medida em que, aquando das negociações, nenhuma sanção se poderia aplicar a quem desse causa ao contrato. Mais concretamente, relativamente à ruptura das negociações, esta acabava por ser sempre lícita, independentemente da relação de confiança que se teria estabelecido entre as partes em negociação.

Consideram que aceitar o surgimento de deveres emergentes da boa fé pela simples entrada em negociação iria criar instabilidade e insegurança nas partes e afectaria em larga escala o tráfico jurídico.

Em suma, existe uma ideia de «all or nothing», na medida em que, ou existe um contrato que vincule as partes, ou então não existe nenhuma vinculação das mesmas a actuarem de boa fé¹⁷⁷.

Situação um pouco diferente é a que já ocorre nos Estados Unidos da América, segundo MENEZES LEITÃO¹⁷⁸, onde o princípio da boa fé tem começado a emergir nas considerações jurisprudenciais, tendo já uma efectiva consagração no *Uniform Commercial Code*.

No entanto, apesar disto também neste país não existe uma obrigação legal de actuar de acordo com o princípio da boa fé, na fase pré-contratual, semelhante à consagrada no nosso art. 227º - o que sucede nos Estados Unidos da América é que pode

V. VICENTE, Dário Moura; *A Responsabilidade Pré-Contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*; página 315 e *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 241 a 274 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; páginas 201 e 202

¹⁷⁵ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 68.

¹⁷⁶ VICENTE, Dário Moura; *A Responsabilidade Pré-Contratual no Código...*; ob. cit.; página 318 e DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; páginas 560 e 561.

¹⁷⁷ SILVA, João Calvão da; *Negócio e Formação de Contratos*; páginas 65 e seguintes e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 43 e 44.

¹⁷⁸ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 70. V. também COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 45.

existir uma “(...) estipulação convencional de um dever de negociar de boa fé [sendo que] (...) a má fé na formação dos contratos, consubstanciada por exemplo na entabulação de negociações sem a intenção séria de contratar, é sancionada, além disso, através de institutos específicos como a *fraud* e a *misrepresentation*”¹⁷⁹.

No entanto, convém referir que a ideia de uma responsabilização pré-contratual não é exclusiva aos direitos nacionais. É que, como bem sabemos, a internacionalização e a globalização das relações jurídicas que se tem verificado de há uns anos para cá, leva à necessidade de se criarem normas que regulem os contratos internacionais¹⁸⁰.

A verdade é que, segundo MOURA VICENTE, a responsabilidade pré-contratual não se encontra prevista na generalidade das convenções internacionais, como é o caso da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, onde foram já recusadas duas propostas que ambicionavam englobar uma norma protectora daquela responsabilidade, em função da sua ambiguidade e vagueza e, ainda, do facto de, como vimos, os países de *Common Law* (especialmente a Inglaterra, como dissemos) recusarem o surgimento de deveres emergentes da boa fé na fase da formação dos contratos¹⁸¹.

No entanto, e apesar de aquela Convenção prever no seu art. 7/1^o¹⁸² a possibilidade e a necessidade de se assegurar o respeito pela boa fé, a doutrina dominante tende a considerar que daquela norma não se pode retirar um dever semelhante ao consagrado preceito do 227º. De forma diversa, há, no entanto, quem considere que do número 2 do mesmo art. se podem retirar uma série de deveres específicos emergentes da cláusula de boa fé.

O Autor referido aponta ainda outras convenções onde a responsabilidade pré-contratual não encontra consagração como são os casos da Convenção de Varsóvia de 1929 para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, a Convenção de Genebra de 1956 Relativa ao Contrato de Transporte Internacional de

¹⁷⁹ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 296 a 298.

¹⁸⁰ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 51.

¹⁸¹ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 359 e seguintes.

¹⁸² “Na interpretação da presente Convenção ter-se-á em conta o seu carácter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa fé no comércio internacional”.

Já o seu número 2 indica que “as questões respeitantes à matéria reguladas pela presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado”

V. VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 360 e 361.

Mercadorias por Estrada, a Convenção Relativa aos transportes Internacionais Ferroviários feita em Berna em 1980, entre outras¹⁸³.

É nesta lógica que, nos últimos anos, se tem vindo a desenvolver, com vista à unificação do direito internacional, um esforço de criação de alguns expedientes que contêm normas não vinculativas, com vista a uma maior segurança e certeza jurídica no regime a aplicar aos contratos internacionais, onde o instituto da responsabilidade pré-contratual não é exceção¹⁸⁴.

Dito isto podemos enaltecer dois diplomas que procuram salvaguardar o instituto da responsabilidade pré-contratual no âmbito das relações internacionais: os princípios do UNIDROIT e os princípios de Direito Europeu dos Contratos.

Deste modo, a responsabilidade pré-contratual vem consagrada pelos *Princípios do Unidroit*¹⁸⁵ no art. 2.1.2, apesar de a norma em causa parecer ser mais restrita do que o disposto no 227º, na medida em que aquela se refere apenas à responsabilidade pré-contratual nas situações em que um dos negociadores iniciou contactos sem qualquer interesse em celebrar o contrato em discussão¹⁸⁶. No entanto, MOREIRA DA SILVA¹⁸⁷ defende que não estamos perante uma situação taxativa, na medida em que surge no enunciado normativo a palavra «designadamente», o que nos leva a considerar que outras situações podem originar responsabilidade pré-contratual.

No entanto, sempre podemos dizer que no art. 1.7 deste diploma em causa vem previsto a obrigação, a um nível geral, de as partes respeitarem a boa fé¹⁸⁸.

Além daqueles princípios, e como já referimos *supra*, também no âmbito do direito europeu dos contratos¹⁸⁹ existem referências à boa fé, nos Princípios de Direito Europeu

¹⁸³ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 363 a 365.

¹⁸⁴ (...) não estamos aqui perante um instrumento jurídico vinculativo sob a forma de legislação supranacional mas perante a enunciação de regras gerais que pretendem regulamentar os contratos de comércio internacional, aplicáveis quando as partes acordem em submeter-lhes os seus contratos, expressamente, ou através da referência à sua submissão aos «princípios gerais do Direito» ou à *lex mercatória*”.

SILVA, Eva Sónia Moreira da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; páginas 32 e 33.

¹⁸⁵ “O Instituto para a Unificação do Direito privado, UNIDROIT, com sede em Roma, completou em 1994 a elaboração de uns *Princípios UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais*, que culminou uma tarefa de pesquisa intensa levada a cabo durante vários anos e que envolveu decisões tomadas por «um grande número de juristas eminentes dos cinco continentes do mundo»”.

MENDES, Armindo Ribeiro; *Os Vícios de Consentimento na Formação do Contrato (Comparação da regulamentação constante dos “Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais” do UNIDROIT com a acolhida no Código Civil Português)*; página 205.

¹⁸⁶ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 36.

¹⁸⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 33.

¹⁸⁸ JR, Lauro Gama; *Os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*; página 109.

dos Contratos “(...) tanto no capítulo referente às suas disposições gerais, como também no capítulo que cuida especificamente da responsabilidade advinda da ocasião das negociações”¹⁹⁰.

E) Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, com enfoque nas situações de ruptura das negociações

1. Considerações iniciais

Outra questão que importa colocar no âmbito da fundamentação da responsabilidade pré-contratual é a que se prende com a sua natureza jurídica. E esta é uma análise que não se coloca apenas no OJP - numa perspectiva externa, de direito comparado, também surgem inúmeras perspectivas¹⁹¹: na Alemanha, a maioria da doutrina e da jurisprudência defende uma teoria contratualista por considerar que a relação de confiança pré-contratual se aproxima, em larga escala, à relação contratual¹⁹²; em Itália, a jurisprudência tende a considerar a responsabilidade pré-contratual como uma espécie de responsabilidade extracontratual; em França, apesar das inúmeras divergências considera-se que, maioritariamente, se deve buscar a natureza da responsabilidade pré-contratual na responsabilidade extracontratual¹⁹³, geneticamente ligada à figura do abuso do direito¹⁹⁴.

Relativamente ao sistema jurídico português importa, antes de mais, salientar que o legislador consagrou, no Cód. de 1966, lado a lado, dois tipos de paradigmas base de responsabilidade: *a responsabilidade contratual, negocial ou obrigacional*¹⁹⁵ (arts. 798º e

¹⁸⁹ Importa referir que ainda não existe, com autonomia, um verdadeiro direito europeu dos contratos. No entanto, têm sido desenvolvidos esforços com vista a esse sonho europeu.

Nesse sentido SILVA, Eva Sónia Moreira da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 33.

¹⁹⁰ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 36, 118 e 119; nota de rodapé 28.

V. também VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 368 e 369.

¹⁹¹ V. COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 87 e 88, PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 205 e seguintes e STIGLITZ, Ruben S./ STIGLITZ, Gabriel A.; *Responsabilidade Precontractual*; páginas 45 a 53.

¹⁹² Neste ordenamento jurídico, a tutela concedida ao lesado no âmbito da responsabilidade extracontratual é “mais fraca”, o que nos permite concluir que faz aqui todo o sentido que a responsabilidade pré-contratual seja vista numa perspectiva contratualista, essencialmente por razões de ordem prática.

¹⁹³ Não existe no Cód. Civil Francês nenhuma norma concreta a regular a responsabilidade pré-contratual, semelhante ao nosso art. 227º.

COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 41.

¹⁹⁴ Vmd, SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz; *Abuso ...*; ob. cit.; página 250 e seguintes.

¹⁹⁵ A questão terminológica não se afigura determinante. A verdade é que este tipo de responsabilidade vai mais além do que o contrato, podendo englobar os negócios unilaterais e a própria lei.

seguintes) como aquela que surge do “incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, em qualquer das modalidades de que este se reveste (impossibilidade, mora e cumprimento imperfeito ou defeituoso)”¹⁹⁶, aquando da violação de um direito relativo e; *a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana* (arts. 483º e seguintes) que se faz sentir aquando da “violação de um dever geral de conduta que a ordem jurídica impõe aos indivíduos para a protecção de todas as pessoas e que, de forma típica, constituem o contrapólo de um direito subjectivo absoluto”¹⁹⁷.

Chegados aqui, devemos indicar, de forma breve, por não ser esse o principal objectivo do trabalho, algumas das várias diferenças de regime¹⁹⁸ entre a responsabilidade contratual e a extracontratual:

- Relativamente aos prazos de prescrição basta comparar os arts. 498º (responsabilidade extracontratual – três anos) e 309º (responsabilidade contratual – vinte anos).

- Na responsabilidade contratual o art. 799º, como nos indica na sua epígrafe, consagra a presunção de culpa do devedor, o que não sucede na responsabilidade extracontratual, em que cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão (art. 487/1) salvo existindo uma presunção legal de culpa (arts. 491º, 492º, 493º e 503º/3).

- Na responsabilidade contratual a regra é a da responsabilidade conjunta ou parciária. Diferentemente, na responsabilidade extracontratual, os arts. 497º e 507º indicam-nos que a responsabilidade é solidária.

- Apesar de ser questionado pela doutrina¹⁹⁹ se o art. 494º se deverá aplicar aos dois tipos de responsabilidade cível em análise, a verdade é que o legislador apenas consagrou a

ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 174 e 175; COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*; página 539 e CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; op. cit.; página 41; nota 11.

¹⁹⁶ Segundo ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 174. Vmd MONTEIRO, Sinde; *Rudimentos da Responsabilidade Civil*; páginas 350 e seguintes e COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*; páginas 539 e seguintes.

¹⁹⁷ Segundo ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 175. Vmd MONTEIRO, Sinde; *Rudimentos...*; ob. cit.; páginas 350 e seguintes.

¹⁹⁸ Importa não esquecer que, para além das diferenças mencionadas, existem ainda outras.

¹⁹⁹ ALMEIDA COSTA e ANTUNES VARELA são a favor da não extensão deste art. à responsabilidade contratual por esta norma conter uma regra inadequada às “legítimas expectativas do lesado”. Além do mais invoca-se ainda um argumento sistemático. Diferentemente, PESSOA JORGE admite a sua extensão à responsabilidade contratual.

SINDE MONTEIRO defende também a aplicação deste art. para qualquer caso de responsabilidade civil, desde que fundamentada.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 199; COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*; página 544; nota (1) e MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 10.

limitação da indemnização no caso de mera culpa no regime da responsabilidade extracontratual. No entanto, não nos parece ser o elemento sistemático argumento decisivo para considerar que esta norma apenas se deverá aplicar nas situações em que estejamos perante um caso de responsabilidade extracontratual.

- Também discutido pela doutrina é a questão dos danos não patrimoniais (art. 496º)²⁰⁰, que analisaremos com mais rigor no último capítulo. Tal como referimos para a norma da limitação da indemnização nos casos de mera culpa, invoca-se, por vezes, que aquela norma apenas se aplicaria nas situações em que estivéssemos perante casos de responsabilidade extracontratual, com base na ideia de que ela vem sistematicamente consagrada na matéria desta responsabilidade. Ora, uma vez mais, não nos parece ser este argumento decisivo para a tomada de uma posição.

- Existem também diferenças relativas às regras da capacidade²⁰¹, sendo que para a responsabilidade contratual regem os arts. 123º, 127º, 139º e 157º (exige-se a capacidade de exercício²⁰² do lesante) e para a responsabilidade extracontratual importa considerar o art. 488º (impõe-se a imputabilidade do lesante que cometeu o ilícito).

- Em termos de responsabilidade de terceiros importa comparar os arts. 500º e 800º.

- Perspectivando a responsabilidade pré-contratual com o regime de ambas as responsabilidades agora analisadas, ALMEIDA COSTA²⁰³ afirma que, apesar de ao lesado ser mais favorável a responsabilidade contratual (onde, como vimos, se presume a culpa do devedor), parece ser preferível não aplicar aquela presunção às situações de ruptura das negociações. É que nestas situações recordamos que o lesante é obrigado a indemnizar pela frustração das expectativas e da confiança, sofrendo uma limitação da sua autonomia privada. Como já dissemos, aquele não se encontra vinculado a qualquer celebração do contrato, na medida em que continua a ter a possibilidade de não contratar – princípio da liberdade contratual. Nas palavras do Autor, “(...) não será razoável que ao contraente que sofre essa diminuição na sua esfera negocial [obrigação de indemnizar] ainda acresça uma presunção de culpa, com o correspondente ónus da prova”. O Autor em causa considera

²⁰⁰ Para perspectivar esta matéria em termos de direito comprado v. VELOSO, Maria Manuel; *A Compensação do Dano Contratual não Patrimonial (em especial no Direito de Autor)*; páginas 9 a 90.

²⁰¹ Vmd, PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 227 e seguintes.

²⁰² “A capacidade de exercício ou capacidade de agir (...) é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurado”.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 221.

²⁰³ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*; páginas 543 e seguintes e *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 91 a 95.

ainda ser mais acertado, às situações de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações aplicar-se a responsabilidade solidária²⁰⁴ e o art. 494^{205o}. Além disso, vê a opção do legislador no número 2 do art. 227º como uma opção pela responsabilidade extracontratual, considerando esta norma uma *afloração de uma directiva geral*²⁰⁶.

Pergunte-se: em qual destes tipos se fundamentará a responsabilidade pré-contratual? Quais as regras jurídicas que se lhe devem aplicar?

2. Teoria contratualista vs teoria extracontratualista vs *tertium genus*

Inicialmente, importa salientar que a responsabilidade pré-contratual será, em regra, uma responsabilidade subjectiva pois, aquela tem sempre como pressuposto a culpa²⁰⁷, tal como nos indica o art. 227º *in fine*.

De seguida, importa dizer que, em Portugal, existem várias soluções para enquadrar dogmaticamente o instituto da responsabilidade pré-contratual: há quem a considere um tipo de responsabilidade extracontratual, quem a analise como um tipo de responsabilidade contratual, quem a considere de natureza mista²⁰⁸ e, mais recentemente, quem considere que estamos na presença de um *tertium genus* ou de uma terceira via, colocando em causa o binómio responsabilidade contratual - responsabilidade extracontratual.

Com vista à descoberta da fundamentação da responsabilidade pré-contratual, caberia, pois, ao intérprete procurar na lei as indicações que lhe permitissem aferir qual a real natureza jurídica do instituto em causa. Porém, a verdade é que o legislador não consagrou qualquer indicação sobre o tema em questão, isto apesar da disposição

²⁰⁴ Defende Mariana Fontes Da Costa que “quando as negociações visem a celebração de um contrato comercial (...) a regra a aplicar às obrigações plurais deve ser a do art.100º do Cód. Comercial, pelo que a obrigação será solidária, excepto para os não comerciantes quanto aos contratos que, em relação a eles, não constituam acto comercial.

Fora destes casos, consideramos que, ainda assim, o regime mais adequado será aqui, excepcionalmente, o da responsabilidade civil extracontratual, ou seja o da solidariedade”.

COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 69 e 70.

²⁰⁵ Como já dissemos, o Autor considera que este art. é exclusivo das situações em que estejamos perante casos de responsabilidade extracontratual.

²⁰⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 95.

²⁰⁷ O art. 483º/2 indica-nos que apenas existe obrigação de indemnizar independentemente da culpa nos casos especificados na lei (responsabilidade pelo risco – arts. 499º e seguintes). Como tal, o normal é a responsabilidade ser subjectiva – art. 483º.

ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-Contratual...*; ob. cit.; páginas 18 e 19 e GERALDES, Sara; *A Culpa do Lesado*; página 369.

²⁰⁸ Falaremos *infra* de uma ideia de uma teoria mista que, cremos que deverá ser inserida no âmbito das teorias que defendem uma terceira via da responsabilidade para inserirem a figura da responsabilidade pré-contratual dogmaticamente.

normativa presente no 227º do no seu número 2 indicar que a responsabilidade pré-contratual prescreve nos termos da norma da responsabilidade extracontratual (art. 498º) – cremos que, daqui, não pode ser retirado qualquer argumento decisivo²⁰⁹. É que, se por um lado, há quem considere que com esta consagração o legislador procurou aproximar ou até mesmo coincidir o regime da responsabilidade pré-contratual ao da extracontratual²¹⁰, por outro há quem defenda que este número 2 se afigura como uma verdadeira norma de carácter especial, que procura mostrar que o legislador apenas pretenderia que houvesse uma aproximação à responsabilidade delitual na questão da prescrição²¹¹.

Mas antes das considerações relativas ao actual art. 227º, vejamos o que sucedia no Cód. De Seabra.

No período de vigência deste Cód., quando a responsabilidade pré-contratual encontrava legitimidade na doutrina do abuso de direito²¹², era plausível defender-se que estávamos perante uma responsabilidade extracontratual, quando para mais ainda não existia qualquer contrato.

Porém, ainda na vigência daquele Cód., MOTA PINTO²¹³ colocou em causa aquela ideia - considerava que a ligação que se afirmava entre a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade extracontratual esquecia a especial relação em que estão colocados os contratantes já que, quando estes iniciam negociações, abandonam a sua posição de desconhecidos, com vista a procurarem, entre si, juntar esforços com vista à celebração do contrato. Para além disto, criticava também a aproximação à teoria contratualista na medida em que teria na sua essência uma mera ficção, pois não chegava a haver qualquer contrato. Assim, somos levados a concluir que, na vigência do Cód. de Seabra, tal como afirma ANA PRATA²¹⁴, a posição de MOTA PINTO deverá antes ser tida como uma «posição ecléctica» já que aquele acabou por criticar tanto a teoria contratualista, como a teoria extracontratualista, como cremos ter ficado provado.

No entanto, com o surgimento do Cód. Civil de 1966 é indubitável afirmar que a situação se inverteu. Com a consagração do já referido art. 227º, cremos que MOTA PINTO

²⁰⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; página 497.

²¹⁰ Como vimos *supra*, defender ALMEIDA COSTA.

²¹¹ Que, como veremos *infra*, sucede com a grande maioria da doutrina portuguesa, que perspectiva a responsabilidade pré-contratual como próxima da responsabilidade contratual, apesar do número 2 do art. 227º.

²¹² Nessa altura, como vimos, não existia ainda nenhuma norma que regulasse directamente esta matéria.

²¹³ V. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.;

²¹⁴ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 210.

assumia já uma clara preferência pela posição contratualista²¹⁵, por considerar que o regime da responsabilidade contratual seria o mais ajustado aos interesses em conflito.

Feita esta pequena análise introdutória, convém situarmo-nos no ponto fundamental.

Como já referimos, nos dias de hoje, com o Cód. Civil de 66, as opiniões divergem: alguns consideram que a responsabilidade pré-contratual se assume como uma modalidade da responsabilidade extracontratual (ALBERTO GONZÁLEZ²¹⁶, ALMEIDA COSTA²¹⁷, FERREIRA CUNHA²¹⁸, ALBERTO VIEIRA²¹⁹ e HORSTER²²⁰); outros inserem a figura presente no art. 227º no âmbito da responsabilidade contratual (MENEZES CORDEIRO²²¹, MOTA PINTO²²², CARVALHO MARTINS²²³, VAZ SERRA²²⁴, SANTOS JÚNIOR²²⁵, ANTUNES VARELA²²⁶,

²¹⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Cessão...*; ob. cit.; páginas 350 e seguintes.

V. também LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das obrigações*; Volume I; página 361 e FRADA, Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil?*; página 95; nota 76.

²¹⁶ GONZÁLEZ, José Alberto; *Código Civil Anotado*; páginas 279 a 283.

Considera o Autor que a grande diferença entre ambas “estará na definição do conceito de ilicitude”. Além do mais, afasta a aproximação da responsabilidade pré-contratual à teoria contratualista com base na ideia de que aquela existe “independentemente de as negociações conduzirem, primeiro à celebração de um contrato e, segundo, independentemente da validade deste”.

²¹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*; página 301.

²¹⁸ Note-se que esta Autora circunscreve o seu estudo apenas às situações de responsabilidade pela ruptura das negociações. Considera que, na maioria dos casos, uma situação deste tipo deve reger-se pelas regras da responsabilidade extracontratual. No entanto, afirma que poderá haver situações de ruptura das negociações que, diferentemente, se vão reger pelas normas da responsabilidade contratual “especialmente no âmbito do ônus da prova da culpa”, atribuindo ao intérprete a procura da melhor solução às circunstâncias do caso. CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 75 e 76.

²¹⁹ VIEIRA, José Alberto; *Negócio Jurídico (Anotação ao Regime do Código Civil)*; página 34.

²²⁰ HORSTER, Heinrich Ewald; *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*; página 475.

²²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 585 e *Dolo na Conclusão...*; ob. cit.; página 165.

²²² Considera o Autor que o art. em causa fundamenta a “ideia de existência de vínculos especiais de carácter obrigacional entre os particulares nas negociações”.

No entanto, o Autor acaba por afirmar que nas situações de responsabilidade por não conclusão dos contratos já a devermos analisar, em regra, pelo prisma da responsabilidade extracontratual.

V. PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 248 e seguintes e *Cessão...*; ob. cit.; páginas 350 e seguintes.

²²³ MARTINS, António Carvalho; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 10.

²²⁴ O Autor afirma que “resultando aquela responsabilidade [responsabilidade por culpa *in contrahendo*] de uma relação baseada nas negociações, devem aplicar-se em princípio, as regras relativas sobre responsabilidade contratual...”.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz; *Culpa do...*; ob. cit.; página 122.

²²⁵ O Autor dá a entender que a responsabilidade pré-contratual tem uma natureza contratual.

V. JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*; página 587.

²²⁶ “Apesar de não haver ainda nenhum vínculo contratual entre as pessoas que iniciam negociações para a realização do contrato, a verdade é que a relação criada entre pessoas determinadas está muito mais próxima da relação contratual do que da existente entre o titular do direito absoluto e o autor da violação ilícita dele”.

VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; páginas 271 e 272.

RUY DE ALBUQUERQUE²²⁷, ANA PRATA²²⁸, MARIANA FONTES DA COSTA²²⁹, RIBEIRO FARIA²³⁰ e JORGE DE ABREU²³¹); e há ainda quem fale numa “terceira via”²³² (MENEZES LEITÃO²³³, MOURA VICENTE²³⁴, LINO DIAMVUTU²³⁵; SOBRAL DO NASCIMENTO²³⁶, OLIVEIRA ASCENSÃO²³⁷, MOREIRA DA SILVA²³⁸, FERREIRA DE ALMEIDA²³⁹, SINDE MONTEIRO²⁴⁰, SOUSA RIBEIRO²⁴¹ e CARNEIRO DA FRADA²⁴²).

²²⁷ NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 230.

²²⁸ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 214.

²²⁹ A Autora refere que a responsabilidade pré-contratual se aproxima à responsabilidade contratual. No entanto, indica que este facto não é susceptível de *per si* ser condição de aplicação de todo o regime daquela responsabilidade. A especificidade da estrutura de uma relação pré-contratual implica uma real percepção das *exigências teleológicas* daquela, o que poderá levar o intérprete a aplicar normas da responsabilidade extracontratual.

V. COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 63 a 71.

²³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das Obrigações*; Volume I; página 361.

²³¹ ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-Contratual...*; ob. cit.; páginas 19 e 20.

Os autores, sem darem uma resposta definitiva, tendem a considerar a responsabilidade pré-contratual como uma hipótese de responsabilidade contratual.

²³² Estes autores defendem que a responsabilidade pré-contratual estaria situada numa zona de ninguém, num meio-termo entre a responsabilidade contratual e a extracontratual.

Impõe-se aqui fazer referência à ideia de uma “responsabilidade pela confiança” que surgiu na Alemanha, com CANARIS, em que este Autor este acabou por desenvolver esta terceira via de responsabilidade.

V., PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual...*; ob. cit.; Vol. I; páginas 19 e seguintes; PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 138 e MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 489 a 493.

No entanto, nesta teoria importa dizer que há Autores que como veremos acabam por autonomizar uma responsabilidade específica (pela confiança) e outros que defendem esta terceira via pela susceptibilidade de se aplicarem normas quer da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade extracontratual.

²³³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das obrigações*; Volume I; página 361 – o Autor considera que o regime da responsabilidade pré-contratual “situa-se num meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual, uma vez que não resulta do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos, mas antes a deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõem a tutela da confiança no âmbito do tráfico negocial”.

²³⁴ O Autor depois de aceitar que estamos perante uma relação obrigacional de fonte legal e sem deveres primários de prestação, considera que não faz sentido procurar enquadrar *à priori* a responsabilidade pré-contratual num dos dois tipos definidos. Para ele será de aplicar o regime que melhor se coadune ao caso concreto e aos interesses em jogo.

Nesta perspectiva considera que estamos perante um tipo de responsabilidade que tem o seu fundamento numa teoria mista.

Em nossa opinião, cremos ser de enquadrar dogmaticamente esta teoria mista na ideia de uma terceira via.

V. VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; páginas 275 e 276.

²³⁵ DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 561.

²³⁶ Apesar de falar em terceira via, o Autor acaba por aproximar a responsabilidade pré-contratual ao regime da responsabilidade contratual, por via da analogia.

NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 248 a 250.

²³⁷ O Autor parece defender uma terceira via, quando fala em uma “(...) categoria especial, intermédia entre a responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional”

V. ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil...*; ob. cit.; página 445.

²³⁸ A Autora afirma que “(...) a intenção da maior parte dos autores é, precisamente, aplicar o regime que lhes parece ser o mais adequado, de certo modo, à semelhança da jurisprudência e doutrina alemãs.

Nem a própria jurisprudência tem mantido uma regularidade nas suas decisões²⁴³.

Apesar de todas estas divergências, parece ser de afirmar que existe, em Portugal, uma maior tendência para ver na responsabilidade pré-contratual uma espécie de responsabilidade contratual (compreensão largamente influenciada pelo sistema jurídico alemão), sendo invocados alguns argumentos como o facto de os autores desta teoria: considerarem que, aquando das negociações, as partes estabelecem entre si uma ligação intersubjectiva muito semelhante à que se estabelece aquando de um contrato, proximidade essa que se não verifica nas situações do 483^o²⁴⁴; retirarem da lei um dever de contratar correctamente; defenderem que o princípio da boa fé, na sua vertente objectiva, surgiu no âmbito das relações obrigacionais e; alegarem que os deveres que emergem na fase das negociações não são deveres de conteúdo negativo²⁴⁵, como sucede nas situações de responsabilidade extracontratual, que existem para a protecção de uma pessoa perante toda a comunidade jurídica - para estes autores os deveres pré-contratuais são aqueles que procuram a protecção da contraparte, que se afigura como um sujeito determinado²⁴⁶. Especificamente, para os casos singulares de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, em concreto, alegam e aceitam que, existindo um dever de boa fé, que

Considerar a c.i.c. como responsabilidade pré-contratual permitiu á jurisprudência alemã aplicar o regime mais favorável ao lesado, em situações que ficariam sem solução á luz do ordenamento jurídico alemão. Ora, tais «lacunas» não existem no ordenamento português, pelo que a natureza da c.i.c. não tem de ser, necessariamente, contratual”.

SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; páginas 63 e 64.

²³⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; páginas 206 e 207.

²⁴⁰ O Autor parte da ideia que já referimos *supra* que, nos casos de responsabilidade pré-contratual, estamos perante uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação. Para além disso, as hipotéticas situações susceptíveis de darem lugar a responsabilidade pré-contratual são tão diferentes entre si que, cada uma delas, terá um enquadramento diferente.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; páginas 13 e 14.

²⁴¹ RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 748.

²⁴² FRADA, Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira...*; ob. cit.; páginas 95 e seguintes; *A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil*; páginas 286 a 307 e *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 99 e 100.

²⁴³ Atentemos a dois acórdãos do STJ, um de 19-03-2002, que teve como relator Garcia Marques que afirma que “a responsabilidade *in contrahendo* reconduz-se ao regime da responsabilidade obrigacional” e outro de 27-09-2012, que teve como relator Bettencourt De Faria que indica que “a responsabilidade pré-contratual, como tertium genus, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual tem de obedecer aos requisitos dos art.ºs 483º e 798º do C. Civil”.

²⁴⁴ V., a título de exemplo, VARELA, João De Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; páginas 271 e 272.

²⁴⁵ Defendendo a ideia de que, em regra, nos direitos de crédito as partes estão sujeitas a um comportamento de conteúdo positivo, v. COSTA, Mário Júlio De Almeida; *A Eficácia Externa das Obrigações. Entendimento da Doutrina Clássica*; página 522.

²⁴⁶ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 272 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 65 e 66.

antecede a elaboração do contrato, e vigora desde que se iniciam as negociações, não se pode considerar estarmos perante um caso de responsabilidade extracontratual.

No entanto, diferentemente, alguns autores têm colocado em causa a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, defendendo uma terceira via²⁴⁷. Entre estes importa destacar CARNEIRO DA FRADA que delimita a responsabilidade pré-contratual a “contextos particularizados (...) [contextos estes,] que não a compatibilizam bem com o direito delitual, pois que este estabelece comportamentos genéricos (...) mas a responsabilidade decorrente da *culpa in contrahendo* não é, de igual modo, obrigacional. Os deveres de comportamento exigidos durante as negociações ou a formação dos contratos, embora específicos, não constituem obrigações em sentido estrito, pois não são deveres de prestar”²⁴⁸. Assim, mais do que uma aproximação a um ilícito contratual ou extracontratual, o que esta responsabilidade visa proteger é a confiança e as expectativas das partes na celebração do negócio²⁴⁹. Em suma, o Autor em causa defende uma «pura teoria da confiança».²⁵⁰

Em nossa opinião, é inegável que a confiança assume um papel fundamental nas situações de responsabilidade pré-contratual em geral e, em particular, nos casos de ruptura das negociações. Parece-nos é que, apesar das considerações tecidas, daí não resulta um imperativo absoluto em autonomizar uma responsabilidade pela confiança²⁵¹, já para não falar da total ausência de regulamentação relativa a este “novo” tipo de responsabilidade. Aliás, caso tivesse sido propósito do legislador criar esse tipo de responsabilidade tê-la-ia consagrado expressamente.

Diferentemente, parece correcta a ideia SINDE MONTEIRO²⁵² que adopta uma diferente compreensão do instituto em causa. O Autor, como vimos, analisa a relação da

²⁴⁷ É apontado como crítica o facto de se assumir como um tipo de responsabilidade sem qualquer tipo de regulamentação.

²⁴⁸ FRADA, CARNEIRO DA; *A “terceira via” da Responsabilidade e a Culpa In Contrahendo*; página 95.

²⁴⁹ Citando o Autor “(...) fica efectivamente aberta no plano dos princípios a possibilidade de uma protecção das expectativas dogmaticamente autónoma, que será de afirmar sempre que sejam as expectativas em si – e não outros factores – a (autêntica) «causa» da responsabilidade civil (...) Por isso, o que há a fazer é indagar com cuidado, diante de uma dada norma ou situação de responsabilidade, qual o verdadeiro fundamento do regime instituído. Onde for a frustração das representações ou convicções do sujeito, há efectivamente uma responsabilidade pela confiança.”

FRADA, Manuel A. Carneiro da; *A responsabilidade pela confiança...*; ob. cit.; página 295

²⁵⁰ DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 561.

²⁵¹ Referindo-se à responsabilidade pela confiança, BAPTISTA MACHADO considera-a como uma responsabilidade *quase-negocial*.

MACHADO, J. Baptista; *Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 366.

²⁵² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; páginas 13 e 14.

responsabilidade pré-contratual como uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação e considera que as várias realidades em que se pode consubstanciar a responsabilidade pré-contratual são tão diferentes (pois, como vimos *supra*, existem um conjunto de situações que podem originar este tipo de responsabilidade) que terá de procurar-se uma solução para cada uma delas. Abordando a hipótese da ruptura das negociações, considera o Autor que, aqui, está a responsabilidade pré-contratual mais próxima da responsabilidade aquiliana por lhe parecer que será mais justo ser o lesado a provar a culpa do autor da ruptura²⁵³.

Sem procurar dar respostas definitivas, concordamos com alguns Autores²⁵⁴ referidos que não se poderá definir, sem mais, a natureza jurídica de todas as situações que se consubstanciam em responsabilidade pré-contratual. Analisámos já a enorme amplitude deste art., no que toca à variedade de hipóteses que são susceptíveis de originar este tipo de responsabilidade e, como tal, cremos não ser possível definir a natureza do instituto em causa – é, no entanto, inegável que a responsabilidade pré-contratual se assume como uma relação obrigacional complexa sem deveres primários de prestação.

É um facto que «geneticamente» a relação pré-contratual se assume como relativa, isto é, estabelece-se, em regra, entre sujeitos definidos (os negociadores). Por outras palavras, os deveres pré-contratuais vinculam exactamente aqueles sujeitos que se encontram em negociações.

No entanto, de uma perspectiva mais «substancial», o que origina uma situação de responsabilidade pré-contratual não é a mera ruptura das negociações, mas sim o romper ilegítimo das mesmas. Aqui, o lesante exerce um direito que lhe é concedido pelo princípio da liberdade contratual – a liberdade de não celebrar o contrato caso não pretenda. O que poderá suceder é que aquele terá de ser responsabilizado pela circunstância de se ter criado uma expectativa e uma confiança justificada na futura celebração do contrato.

Ora, nesta perspectiva cremos que, nas situações de ruptura das negociações, a parte que rompe com as negociações sem justa causa exerce abusivamente este direito,

²⁵³ Importa salientar que o Autor indica que, diferentemente, num caso em que ocorra a violação de um dever de esclarecimento, faria mais sentido convocar as normas da responsabilidade contratual.

²⁵⁴ Autores como GALVÃO TELLES e SINDE MONTEIRO separam as diversas situações que podem dar azo a responsabilidade pré-contratual, acabando estes por afirmar uma maior proximidade à responsabilidade extracontratual, nas situações de ruptura das negociações. TELLES, Inocência Galvão; *Direito das Obrigações*; páginas 74 e seguintes e MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; páginas 13e seguintes.

sendo de aplicar, em regra, o regime da responsabilidade extracontratual, nos termos dos arts. 227º e 334º.

Creemos que é exactamente aqui que reside a singularidade e especificidade das situações de ruptura das negociações, o que nos leva a deduzir que, em regra, aqueles casos se aproximam mais das situações de responsabilidade extracontratual. Agora, daqui não se poderá retirar uma verdade absoluta, isto é, aos casos de ruptura das negociações, apesar de serem mais próximos da responsabilidade extracontratual, poder-se-ão também aplicar normas relativas à responsabilidade contratual²⁵⁵.

A questão mais debatida tem sido a da culpa, com a maioria dos Autores a defender a aplicação do art. 799º/1, em detrimento da norma do 487/1º, para as situações de responsabilidade pré-contratual.

Começamos por dizer que nas situações de ruptura das negociações, o comportamento da parte que as rompe é sempre justificado à luz da liberdade contratual, mas acaba por assumir-se como ilícito quando vem a chocar com a confiança e com a expectativa de formação do negócio, à luz de um critério objectivo. Por outro lado, o comportamento adoptado pelo lesante (a ruptura) não é tão «chocante» como a violação que advém do não cumprimento de uma cláusula contratual.

Nesta medida concordamos com nomes como ALMEIDA COSTA²⁵⁶ e SINDE MONTEIRO²⁵⁷ que, como vimos *supra*, defendem a aplicação do art. 487º às situações de responsabilidade pré-contratual. Apesar das ressalvas feitas por ANA PRATA que alega que a posição que agora defendemos parte de uma «posição restritivista da aplicação da boa fé, conjugada com a habitual sobrevalorização da autonomia privada»²⁵⁸. É que como veremos adiante a responsabilidade por ruptura das negociações é excepcional, exactamente porque, em primeira linha, a liberdade contratual permite às partes romper com qualquer negociação. Creemos portanto que, por tudo o que ficou dito, nas situações de ruptura das negociações, fará mais sentido, em regra, ser ao lesado que incumbe a prova da culpa do autor da lesão, nos termos do art. 487/1º.

²⁵⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 64 e nota de rodapé 153.

²⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 92 e 93.

²⁵⁷ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 14.

²⁵⁸ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; pág 213.

Creemos portanto que só a ideia de uma “terceira via” pode englobar as diferentes situações de responsabilidade pré-contratual, admitindo no entanto que, no caso de ruptura das negociações, existe uma maior aproximação à responsabilidade extracontratual.

II - O período pré-contratual e a influência do princípio da liberdade contratual

A) Considerações gerais

Fundamental para a análise do tema em questão é o estudo do período pré-contratual, isto é, de toda a fase temporal que vai desde as primeiras negociações até à real celebração do negócio jurídico²⁵⁹. Para esse efeito, importa recorrer às disposições normativas que o legislador utilizou para regular este momento, com enfoque para o art. 227º²⁶⁰.

No entanto, importa aqui voltar a recordar, algumas considerações relativas aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, na medida em que todo o período pré-contratual se encontra altamente influenciado por aqueles princípios. Nesta fase, aqueles princípios reclamam a não vinculação de qualquer projecto contratual, isto é, a impossibilidade de exigir de qualquer das partes em negociação, a celebração do contrato.

Nesse sentido, a autonomia privada indica-nos que os particulares têm legitimidade para desenvolver, disciplinar e regular as suas condutas segundo os seus interesses. Intimamente conexionado com aquele princípio está um outro de extrema importância para a matéria em análise – a liberdade contratual, que se encontra consagrada no art. 405º do C.C.P e que, como já referimos, engloba a liberdade de celebração ou conclusão dos contratos, a liberdade de escolha do contraparte e a liberdade de fixação do conteúdo contratual.

A referida liberdade de conclusão permite-nos aferir que as partes, no período de formação contratual, guardam até ao momento da conclusão definitiva a possibilidade de voltarem atrás com os seus intentos e acabarem por não celebrar o contrato - surge aqui a ideia de um verdadeiro risco negocial, risco que afecta todas as negociações com vista à celebração de negócios jurídicos. Neste sentido, podemos dizer que qualquer negociação

²⁵⁹ De acordo com MANUEL DE ANDRADE “podemos definir negócio jurídico como um facto voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a produção de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (económica), com ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito – isto é, obtenham a sanção da ordem jurídica – e a que a lei atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados, grosso modo, em conformidade com a intenção do declarante ou declarantes (autor ou autores do negócio) ”.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de; *Teoria Geral da Relação Jurídica*; página 25.

²⁶⁰ O art. 227º vem previsto no subtítulo III (*dos factos jurídicos*), capítulo I (*negócio jurídico*), secção I (*declaração negocial*), subsecção III (*perfeição da declaração negocial*).

com vista à celebração de um negócio jurídico surge ligada a uma certa álea, na medida em que, aquando do início de uma negociação, é impossível aferir se o contrato se efectivará.

Interessa portanto, neste momento, focarmo-nos na vertente negativa da liberdade contratual: a liberdade de não contratar, por muito mais avançadas que estejam as negociações. Aliás, o próprio art. 232º consagra que “o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”²⁶¹.

Diferentemente sucede, nos países de *Common Law*, especialmente em Inglaterra, onde, como já referimos, existe a ideia do “tudo ou nada” – *all or nothing* -, na medida em que ou estamos na presença de um contrato definitivo, ou então, apesar de as partes se encontrarem em negociações, nada as impedirá de abandonarem aquelas, independentemente da relação de confiança que se possa ter estabelecido – aqui, existe uma ideia do princípio da liberdade contratual na sua vertente mais forte²⁶².

Perspectivado o enquadramento do princípio da liberdade contratual na fase pré-contratual a um nível geral, importa voltar um pouco atrás.

Deste modo, e regressando ao já referido art. 227º, podemos ver que o período pré-contratual se pode dividir em dois momentos²⁶³: o das negociações preliminares ou negociações propriamente ditas (*trattatives, verhandlungen, pourparlers*, segundo a terminologia italiana, alemã e francesa, respectivamente) que é “integrada pelos actos preparatórios realizados sem marcada intenção vinculante, desde os primeiros contactos das partes até à formação de uma proposta contratual definitiva”²⁶⁴ e; o da conclusão do contrato que é “constituída por duas declarações de vontade vinculativas, quer dizer, a proposta e a aceitação”²⁶⁵. Desde já, podemos ir dizendo que o primeiro momento se assume como eventual, na medida em que podem não existir negociações e, o segundo como necessário para que exista contrato, já que este só se forma após uma aceitação de uma proposta.

²⁶¹ O art. 232º “(...) põe em evidência a relevância da dimensão negativa da vontade de contratual”. MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; página 536.

²⁶² JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; página 582 e 583.

²⁶³ Esta divisão do período pré-contratual não é rigorosamente aceite por todos. Segundo GARCIA RUBIO, com a ausência de uma norma semelhante ao nosso art. 227º, durante muito tempo a jurisprudência espanhola teve várias decisões contraditórias relativas aos momentos que compunham a fase pré-contratual do contrato – v. RUBIO, Mº Paz García; *La Responsabilidad...*; ob. cit.; páginas 120 e seguintes e DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 524.

Além do mais, como referimos, FAGGELLA defendia que este período se deveria dividir em três momentos

²⁶⁴ COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 49.

²⁶⁵ Vnra.

Além disso, do preceito em causa podemos ainda constatar que, como já referimos, é imposto, ainda, às partes o dever de actuar segundo as regras da boa fé para não incorrerem em situação de responsabilidade²⁶⁶ o que significa dizer que, o respeito pela boa fé deverá ir desde os primeiros contactos até à real celebração do contrato.

Mas foquemo-nos agora nos dois momentos temporais que a disposição normativa referida demarca.

Diferentemente do que sucede relativamente à fase de conclusão dos contratos, o legislador acabou por não regular de forma intensiva o momento das negociações propriamente ditas²⁶⁷, isto porque encontramos-nos, aqui, perante um momento em que o princípio da liberdade contratual tem, ainda, uma enorme preponderância.

Daqui se conclui que é no âmbito da fase das negociações propriamente ditas que se têm levantado, sistematicamente, maiores problemas, na medida em que a ausência de regulação por parte do legislador leva a que surjam, muitas vezes, disputas entre as partes.

Além disso, esta fase não tem uma duração fixa e definida pois, pode assumir-se como mais ou menos longo, dependendo da realidade concreta²⁶⁸. Nesse sentido tem-se assistido, nos últimos tempos, com o constante desenvolvimento negocial, com a formalização dos contratos e com a complexidade de algumas matérias, a que a celebração dos contratos seja lenta e complexa²⁶⁹, na medida em que, muitas das vezes, as partes têm

²⁶⁶ Como nos indica ANA PRATA, nem sempre se encontrou claramente definido a partir de que momento as partes se deveriam comportar segundo as regras da boa fé. A Autora dá o exemplo da teoria de Heinrich Stoll que defendia que os envolvidos nas negociações apenas deveriam respeitar aquele princípio a partir da emissão da proposta ou do convite à contratação. Assim sendo, o Autor acabava por excluir a possibilidade de responsabilidade durante a fase das negociações.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 40 e 41.

²⁶⁷ Diferentemente, na fase de conclusão do contrato existem várias normas que importam convocar para a análise daquela, como são as que se encontram entre os arts. 224º e 235º.

Compreende-se que, nesta fase, existam mais normas para a regular, na medida em que, com a emissão da proposta, o proponente fica vinculado aos termos da mesma. Por outras palavras, apesar de ainda não existir contrato, vai já começando a surgir uma vinculatividade que exige uma maior preocupação e atenção legislativa.

²⁶⁸ Recordamos que estamos num momento em que predomina em grande força o princípio da liberdade contratual em particular, e da autonomia privada, em geral.

²⁶⁹ Esta ideia levou a que começassem a surgir várias teorias para tentar enquadrar o processo pré-contratual, de onde convém salientar, a teoria das declarações negociais de facto de HAUPT.

Segundo ALMEIDA COSTA, “esta nova categoria dogmática tem como um dos seus principais alicerces a ideia de que, na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfico jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas ou aceitações de facto”.

Isto é, a teoria em causa defendia ser possível, em certas situações, aplicar o regime contratual, apesar de não ter existido qualquer acordo expresso.

de realizar certos actos materiais (encomendar estudos, realizar encargos financeiros da mais diversa ordem, pedir certas informações, fazer viagens para observação e análise, procedem a despesas provisórias²⁷⁰,) ou jurídicos (realizar acordos preliminares sobre algumas cláusulas contratuais, celebrar minutas ou punctações).

Esta realidade leva-nos a considerar que, cada vez mais, a formação dos contratos tende a ser vista e perspectivada como um verdadeiro processo²⁷¹, isto é, um *iter negotii*, que integra uma relação estrutural complexa (e muitas das vezes de carácter duradouro), onde que vão surgindo cada vez mais novas e avançadas técnicas regulativas, de onde se tem destacado, por motivos de segurança dos envolvidos nas negociações, uma recente tendência para a formalização das tratativas²⁷².

Assim, está visto que nem sempre os contratos se formam imediatamente ou quase instantaneamente, com um rápido encontro das vontades das partes²⁷³, onde mal existe uma fase de negociações, como sucede quando vamos a um café e pedimos um bolo, quando compramos um jornal ou quando vamos ao cinema e adquirimos o bilhete²⁷⁴.

Tomemos como exemplo, de forma sintética, um contrato bancário²⁷⁵ e de financiamento²⁷⁶, como é o caso da locação financeira²⁷⁷ em que o processo que tende à

Além disso, ainda seria possível identificar mais dois tipos de casos: as obrigações que emergem de um mero contacto social, antes ou independentemente da celebração do negócio jurídico (onde se incluiria a responsabilidade pré-contratual) e; as relações derivadas da declaração de ineficácia de um contrato.

No entanto, ANTUNES VARELA mostra-nos como esta teoria é susceptível de crítica quando afirma que, relativamente à primeira situação (exemplo da compra do bilhete no parque de estacionamento), basta integrar a hipótese no âmbito das declarações negociais tácitas (aceite no nosso ordenamento jurídico, com base no art. 217º) e, quanto aos dois outros casos, não existe qualquer interesse em individualizar aquelas situações “(...) uma figura especial, distinta do contrato (...) [pois] no tocante à primeira bastará observar que o princípio da boa fé se estende não apenas à execução do contrato, mas também ao período de preparação e formação do contrato”.

Vmd, COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Direito das Obrigações*; páginas 224 e 225 e VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; páginas 220 e seguintes.

²⁷⁰ CARNEIRO DA FRADA afirma que, em regra, as despesas efectuadas no decurso das negociações não são susceptíveis de serem readquiridas por indemnização.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; página 507.

²⁷¹ V. CORDEIRO, António Menezes; *Direito das obrigações*; página 436 e MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; páginas 527 e seguintes.

²⁷² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 340 a 342 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 22.

²⁷³ O Autor EDUARDO SANTOS JÚNIOR dá alguns exemplos de negócios que obrigam a uma fase de elaboração e discussão do contrato como, por exemplo: contratos internacionais, contratos destinados a permitir a fusão de empresas ou a aquisição de uma empresa por outra.

JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; página 219.

²⁷⁴ Abordaremos adiante mais detalhadamente esta possibilidade de não existirem negociações, que nos é revelada pela sua característica da eventualidade.

²⁷⁵ Podemos definir contratos bancários como “os negócios jurídicos destinados à criação, modificação, regulação ou extinção de relações jurídicas entre um banco e um cliente no âmbito da respectiva actividade de intermediação creditícia”.

formação do negócio é visto segundo uma verdadeira “trilateralidade jurídica”, como uma verdadeira estrutura complexa, onde surge: o fornecedor do bem, que não é parte do contrato, mas detentor do bem que vai ser objecto do contrato; o locador²⁷⁸ (em regra, uma sociedade de locação financeira²⁷⁹) que vai adquirir o bem àquele nos termos definidos pelo locatário e, posteriormente, lhe vai conceder o gozo; e o locatário que “encomenda” o bem ao fornecedor que posteriormente lhe vai ser cedido²⁸⁰. Vemos que face à complexidade da relação, existem uma série de actos pré-contratuais que devem ser desenvolvidos tendo em vista a eficaz e válida elaboração do contrato em causa.

Por conseguinte, como já referimos, o legislador português consagrou, de forma a regular e proteger as inúmeras situações de conflito que podem surgir no período que antecede a celebração do contrato (especialmente no período das negociações propriamente ditas, como referimos), no art. 227º, uma verdadeira limitação²⁸¹ à ideia de autonomia privada e de liberdade contratual, por intermédio do princípio da boa-fé (que se encontra aqui no seu sentido objectivo, isto é, enquanto princípio norteador da conduta das partes e

ANTUNES, José A. Engrácia; *Direito dos Contratos Comerciais*; página 478.

²⁷⁶ Como observa ANTUNES, José A. Engrácia podemos definir contratos de financiamento como “aqueles contratos que têm por objecto o financiamento dos clientes pelo banco. Num sentido amplo, os negócios de financiamento são também contratos de crédito bancário: todavia, ao passo que nos contratos de crédito *strictu sensu* o banco adianta dinheiro ou disponibilidades monetárias ao cliente, assumindo a posição de credor, nos contratos de financiamento o banco limita-se a disponibilizar determinados serviços ou operações financeiras sem disponibilização monetária, não assumindo assim qualquer posição credora” Vnra; páginas 515 e 516.

²⁷⁷ A grande vantagem deste contrato é que os pequenos comerciantes e empresários necessitam, muitas vezes, de bens ou serviços alheios de que não dispõem, de forma a aumentarem a sua capacidade produtiva e a possibilitarem uma renovação tecnológica dos seus bens e equipamentos a um custo reduzido, de molde a não serem ultrapassados por empresas concorrentes, procurando permanecer competitivos num mercado cada vez mais imprevisível e instável. Assim, a locação financeira possibilita aos comerciantes a exploração de bens sem que estes tenham a necessidade de os adquirir, pois a propriedade do bem vai permanecer na esfera do locador, o que lhe permite, havendo incumprimento por parte do locatário ou caso o locatário não venha a adquirir o bem no fim do contrato, dar ao bem o destino que pretender (venda, locação, ...) conforme o art. 7º do DL nº149/95 de 24 de Junho. Além disso, quando comparada com a possibilidade de recorrer ao mútuo, podemos ver que a locação financeira permite que não haja um aumento do endividamento das empresas junto das entidades bancárias.

²⁷⁸ O locador assume uma função de “mero intermediário financeiro”, de acordo com MORAIS, Fernando de Gravato; *Manual de Locação Financeira*; página 96.

²⁷⁹ Reguladas no DL nº72/95 de 15 de Abril.

²⁸⁰ Importa salientar, que no *términus* do contrato de locação financeira, o locador tem uma de três possibilidades: adquire o bem, restitui o bem ou mantém o contrato de locação (situação que iria originar a elaboração de um novo contrato) – v. art. 7º DL nº149/95 de 24 de Junho.

²⁸¹ Como salienta ALBUQUERQUE MATOS “o princípio da boa-fé apresenta-se na fase das negociações como um importante limite à liberdade contratual, a qual, como já atrás deixámos mencionado, se conserva incólume. Uma tal limitação à liberdade contratual faz-se sentir no plano ressarcitório” o que nos leva a concluir pela impossibilidade de aplicação de uma acção de cumprimento (art. 817º) ou de uma acção de execução específica (art. 830º).

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 325.

padrão de comportamento²⁸²). O legislador procurou, pois, proteger as expectativas que as partes obtêm com o decorrer das negociações e com a confiança que vai surgindo, à medida que se vai desenvolvendo o processo negocial, na possível conclusão do contrato, sendo que, caso haja incumprimento por alguma das partes dos deveres de boa fé, esta será obrigada a indemnizar a outra pelos prejuízos sofridos.

Em suma, é previsível que, à medida que vão ficando estabelecidos as cláusulas do acordo, vá surgindo nas partes a expectativa de que o contrato se celebrará pois, quando um privado decide contratar e enceta negociações, não o faz certamente para não contratar²⁸³.

Deste modo, esta protecção concedida pelo legislador, deve-se ao facto de, nesta fase, não existir ainda qualquer vinculação, não se podendo obrigar, em caso algum, as partes a celebrarem o contrato que estão a negociar. No entanto, a elas também não pode ser permitido afastarem-se, sem qualquer fundamento válido, pois ambas confiaram na hipotética celebração do negócio. Daqui se pode deduzir que quanto maior for o avanço do processo formativo do negócio, maior será a probabilidade do abandono das negociações ser ilegítimo²⁸⁴.

Chegados aqui, cabe-nos agora analisar detalhada e individualmente os dois momentos previstos no art. 227º referidos *supra*: as negociações propriamente ditas (para que nos remete a expressão «preliminares» no preceito em causa) e a formação do contrato; sem esquecer que ambos não se confundem.

No entanto, antes de proceder a tal análise, importa referir que a realidade casuística permite-nos ir um pouco mais além do art. 227º. Vejamos: é que, muitas vezes, neste processo de formação do contrato surge um momento que não vem explicitamente referido no preceito em causa. Falamos obviamente daquela fase que antecede as negociações, onde ainda não existe uma bilateralidade patente, mas sim uma mera actuação unilateral do indivíduo que procura ter a certeza que aquele é o negócio que pretende (imagine-se, por exemplo, a necessidade de se realizarem estudos, pareceres ou pedidos de

²⁸² Considera SOUSA RIBEIRO que a boa fé em sentido objectivo pode assumir uma função reguladora, integradora, delimitadora e responsabilizadora como sucede no art. 227º.

RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Direito dos Contratos - Estudos*; páginas 207 e seguintes.

²⁸³ Pense-se, por exemplo, que o princípio da boa fé impõe que as partes iniciem as negociações com intenções sérias de contratar e para não causarem prejuízos a outrem.

²⁸⁴ No mesmo sentido DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 539.

informação a técnicos especializados) – falamos da fase dos primeiros contactos que, como a doutrina italiana tende a distinguir das negociações propriamente ditas²⁸⁵.

Pergunta-se: este momento estará também sujeito às considerações respeitantes à boa fé?

ALBUQUERQUE MATOS, designando esta fase por “contactos preliminares”, conclui que, caso estejamos perante uma situação em que se foi criando nos envolvidos uma confiança na futura celebração do negócio será de exigir o respeito pelo princípio da boa fé (fala aqui numa “bilateralidade contextual e sucessiva”), até porque, considera que foi essa a opção do legislador com a consagração do termo “preliminares”, em vez de um termo mais restrito²⁸⁶. Também ANA PRATA dá a entender que, nas situações em que estas actuações individuais originem na contraparte uma relação de confiança de que se irão iniciar negociações tendentes à celebração de um futuro contrato se deverá também respeitar as directrizes respeitantes ao princípio da boa fé²⁸⁷.

Deste modo, o instituto da responsabilidade pré-contratual deverá ser convocado para regular também possíveis situações de litígios que possam surgir nesta fase.

B) As negociações propriamente ditas e os seus traços caracterizadores²⁸⁸

Excluindo as situações em que, como referimos, se realizam negócios sem qualquer tipo de negociações, a verdade é que, na maioria das vezes, este momento é determinante²⁸⁹.

É aqui, que os indivíduos discutem e analisam a futura modelação e celebração do contrato, dando a conhecer as suas perspectivas e cedendo em algumas considerações, o que origina que se celebrem muitas vezes certos acordos sobre as cláusulas que, no futuro, virão a ser parte integrante do contrato. Ou seja, do que foi dito importa salientar que, neste momento, não existe ainda qualquer vinculação, na medida em que o princípio da liberdade contratual está presente em todo o seu esplendor pois, qualquer um dos

²⁸⁵ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 41 e 42.

²⁸⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 337 a 340.

²⁸⁷ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 42 e 43.

²⁸⁸ ALBUQUERQUE MATOS indica como características das negociações a eventualidade, a provisoriedade, a bilateralidade e uma tendência para a formalização das tratativas.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 328.

²⁸⁹ Analisaremos *infra* que um dos pressupostos para que exista responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações é, precisamente, a existência de negociações.

intervenientes nas negociações poderá recusar-se a celebrar o contrato por não lhe ser possível ou por ter recebido uma proposta melhor pelo objecto em causa, sem que tenha de indemnizar o outro²⁹⁰.

Neste sentido, podemos, desde logo, retirar destas considerações duas notas que caracterizam este momento das negociações: a eventualidade e a provisoriedade.

A primeira remete-nos para a hipótese de não ter de existir, de forma concreta, qualquer negociação, pois já em cima referimos que existem contratos que a dispensam face, muitas das vezes, à simplicidade do acordo ou do objecto negocial. E mais se diga, uma vez mais, que, mesmo que existam negociações, e por muito avançadas que possam estar, nunca surgirá para qualquer um dos intervenientes qualquer obrigação de celebrar o negócio em estudo pois, ambos estão protegidos pelo princípio da liberdade contratual.

Já a marca da provisoriedade remete-nos para a ideia de que as negociações surgem com o propósito e função de as partes desenvolverem e discutirem os pontos que consideram fundamentais do negócio desejado. Daqui se retira que as negociações surgem como uma fase acessória e instrumental que tem unicamente em vista a celebração do acordo futuro que, como vimos atrás, pode não se concretizar²⁹¹.

Desta última consideração poderíamos ser levados a afirmar que o período das negociações não teria qualquer relevo jurídico nas situações em que se viesse a celebrar o contrato²⁹², na medida em que, todas as estipulações e desejos das partes viriam especificados nele²⁹³. Porém, a verdade é que, também nestas situações as negociações vão assumir uma extrema importância ao nível da interpretação da concreta e real vontade das partes²⁹⁴. Já na situação em que, existindo um litígio entre dois negociadores pelo facto de um deles ter abandonado as negociações, o intérprete poderá socorrer-se de hipotéticos documentos que demonstram a evolução das negociações, com vista à resolução do caso.

²⁹⁰ Veremos adiante que mesmo nas situações que existe uma ruptura ilegítima das negociações apenas poderá ser exigível uma indemnização e nunca a celebração do contrato em negociação.

²⁹¹ “Dada a instrumentalização do *iter negotii* face à eventual celebração do evento negocial *in fieri*, podemos então constatar uma certa conexão entre as notas da eventualidade e da provisoriedade”.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 331.

²⁹² Tal posição é defendida por alguma da doutrina italiana.

V. MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 331, nota de rodapé 38.

²⁹³ Diferentemente, como veremos *infra*, quando estejamos perante uma situação em que uma das partes abandonou as negociações, para que ela seja obrigada a indemnizar a outra, torna-se necessário que tenham efectivamente existido negociações. Assim, nestas situações, a existência deste momento assume extrema importância para a real compreensão da situação dos factos.

²⁹⁴ COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 21 e 22.

Além disso, de tudo o que já dissemos, nas negociações pode ser ainda apontada a característica da bilateralidade²⁹⁵, na medida em que é uma fase que exige uma dialéctica permanente entre os envolvidos. É que, como já vimos, o legislador impôs a obrigação dos negociadores actuarem segundo as regras da boa fé, apesar de ainda não existir qualquer vínculo contratual, com o objectivo de salvaguardar as suas expectativas.

Por outras palavras, todo o período das negociações é estabelecido exclusivamente, em regra, pelos dois intervenientes. É verdade que pode existir, a título eventual, a intervenção de certos terceiros²⁹⁶. No entanto, as negociações iniciam-se, desenvolvem-se e extinguem-se pela actuação daqueles – são, pois, as partes que regulam todo o período em causa, através da explanação das suas vontades,

Além disto, cada vez mais se tem assistido (essencialmente quando o contrato em causa é muito complexo e longo), a que as partes em negociação, com vista a garantirem a certeza e a sua segurança, procedam a uma formalização das negociações (arts. 222º e 223º), com o objectivo a permitir às mesmas uma análise e ponderação mais rigorosa do negócio a celebrar e, ainda, de fornecer às partes um possível meio de prova face a possíveis litígios entre elas (arts. 362º e seguintes).

Deste modo, apesar de estar na disposição das partes a formalização das negociações, será sempre de incentivar esta prática, especialmente nos casos em que estejamos perante contratos altamente complexos, de forma a permitir uma maior transparência durante esta fase.

C) A fase decisória

1. Notas iniciais

Apesar de o nosso trabalho incidir directamente sobre o período das negociações, importa tecer algumas considerações sobre a fase decisória.

Assim, ao contrário do que sucede com as negociações propriamente ditas, a fase decisória assume-se já como formativa do contrato, ou melhor dizendo, como vinculativa

²⁹⁵ “Estas [negociações] não relevam, ainda, para o desencadear das potencialidades jurígenas dos particulares; não obstante traduzem manifestações primordiais de colaboração intersubjectiva que devem, por isso, sujeitar-se ao princípio geral da boa fé”

V. CORDEIRO, António Menezes; *Direito das obrigações*; página 438

²⁹⁶ *Infra* analisaremos a possibilidade de estes mesmos terceiros poderem ser responsabilizados com fundamento em responsabilidade pré-contratual.

pois, a partir do momento em que o proponente apresenta a proposta a outrem, este encontra-se vinculado ao conteúdo da mesma. Do outro lado, a contraparte tem o direito potestativo (constitutivo)²⁹⁷ de criar e constituir o contrato, através da aceitação.

Nesta fase há, nas palavras de MOTA PINTO “(...) uma confiança na efectiva celebração do contrato” diferentemente do que sucede na fase das negociações onde apenas estamos perante uma mera “(...) confiança na elaboração dum projecto do contrato”²⁹⁸.

Assim, e como vimos já, a fase decisória ou de formação do contrato (arts. 224º a 235º)²⁹⁹ divide-se em dois momentos que nos cabe agora analisar: a proposta e a aceitação, sendo que, cada uma delas se assume como uma declaração de vontade³⁰⁰ (arts. 217º e seguintes) e uma declaração contratual³⁰¹.

No entanto, antes de avançar, importa dizer que a realidade demonstra-nos que à formação do contrato não corresponde sempre o esquema específico da proposta/aceitação³⁰². No entanto, como a nós não importa a análise de todos os modos de constituição do contrato, para o estudo da matéria em questão, iremos apenas desenvolver o modelo tradicional referido.

2. A Proposta

Podemos definir a proposta como “(...) a declaração pela qual uma pessoa manifesta a outrem a sua intenção de celebrar determinado negócio, destinada a integrar o

²⁹⁷ Direito potestativo é poder de, “(...) por um acto livre de vontade, só de *per si* ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem á contraparte”

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 183 e seguintes.

²⁹⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 169.

²⁹⁹ Importa referir que o Cód. Civil apresenta alguns regimes específicos no que toca à formação do contrato de venda a contento (art. 923º) e na doação (arts. 945º e 969º).

³⁰⁰ MANUEL DE ANDRADE define declaração de vontade negocial como “(...) todo o comportamento de uma pessoa (em regra, palavras escritas ou faladas ou sinais) que, segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes, segundo disposição legal, aparece como destinado (directa ou indirectamente) a exteriorizar um certo conteúdo de vontade negocial, ou em todo o caso o revela e traduz” – v. *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 33.

³⁰¹ “As declarações contratuais são os actos de comunicação que integram os elementos necessários para a formação de um acordo, segundo a perspectiva do declarante”.

V. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; página 93.

³⁰² Atente-se, a título de exemplo, nos contratos internacionais que incidem normalmente sobre matérias e âmbitos extremamente complexos e a *celebração de contratos através de declarações contratuais conjuntas*. Vmd COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 25 e seguintes e ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; páginas 111 e seguintes.

correspondente conteúdo, se ele vier a concretizar-se”³⁰³, isto é, o meio através da qual o proponente dá a conhecer a sua vontade negocial definitiva.

Com a emissão da proposta, o proponente fica, desde logo, obrigado nos termos da mesma o que, nos leva a afirmar que esta é já uma fase vinculativa para aquele. Assim, o proponente encontra-se aqui perante uma situação de sujeição, na medida em que o destinatário tem um verdadeiro direito potestativo de concluir o contrato, através da aceitação.

Mas pergunta-se: quais os efeitos da proposta?

Sendo uma declaração recipianda³⁰⁴, a proposta apenas se tornará eficaz assim que chegue ao destinatário ou seja dele conhecida (art. 224/1º, 1º parte) ou caso este obtenha, desde logo, conhecimento da mesma (art. 224/2) – teoria da recepção e do conhecimento³⁰⁵. Além disso, importa dizer que nas situações em que a proposta chegue ao destinatário mas que sem culpa sua, não possa ser (re)conhecida, então aquela será ineficaz (art. 224º/3).

Já em termos de duração da proposta, esta é uma matéria que se encontra na disponibilidade das partes pois, estas ou apenas o proponente podem fixar um determinado prazo durante a qual a proposta valerá³⁰⁶ - art. 228/1º a). No entanto, o legislador consagra na alínea c) do mesmo preceito um prazo supletivo³⁰⁷ de cinco dias, podendo ainda o proponente exigir resposta imediata nos termos da alínea b) da referida disposição normativa³⁰⁸.

Relativamente à sua irrevogabilidade importa convocar o art. 230º³⁰⁹ que indica que salvo declaração em contrário (imagine-se uma situação em que o proponente consagrava na proposta um direito de a revogar após esta ser recebida pelo destinatário), deve-se considerar a proposta irrevogável após ser recebida ou conhecida por parte do destinatário,

³⁰³ FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral do Direito Civil*; página 94.

³⁰⁴ Diferentemente as declarações não recipiandas tornam-se imediatamente eficazes logo a partir do momento em que se manifestam, nos termos da 2º parte do art. 224/1º.

Vmd, VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; páginas 456 e seguintes.

³⁰⁵ V. GONZALEZ, José Alberto; *Código...*; ob. cit.; página 275 e PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 440.

³⁰⁶ Atente-se também na norma especial presente no art. 229º.

³⁰⁷ ASCENSÃO, José De Oliveira; *O Direito...*; ob. cit.; páginas 526 e 527.

³⁰⁸ FERNANDO PESSOA JORGE admite a possibilidade de o proponente pretender que a proposta se mantenha por tempo indeterminado.

JORGE, Fernando Pessoa; *A Formação...*; ob. cit.; página 60; nota de rodapé 12.

V. também VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; páginas 469 e seguintes.

³⁰⁹ A revogação ilegal da proposta dará lugar a responsabilidade pré-contratual.

Nesse sentido GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 30

o que se compreende por razões de segurança jurídica. Apesar disto a lei permite uma excepção a esta norma, caso junto da proposta chegue o pedido de retractação do proponente ou caso o destinatário tenha conhecimento dela (art.230/2º). Nestes termos, após a declaração de aceitação por parte do destinatário, o proponente não pode vir exigir a revogabilidade da proposta até porque esta já “desapareceu” formalmente, dando lugar ao contrato – 406/1º.

No entanto, a proposta necessita de cumprir certas condições para se assumir como tal – segundo a maioria da doutrina esta deve ser completa, firme na intenção e formalmente adequada³¹⁰, isto é, deve demonstrar de forma rigorosa e precisa a vontade do proponente em contratar nos termos em causa³¹¹, com todas as estipulações, por ele pretendidas, bem demarcadas e, ainda, obedecer a proposta à forma exigível para o contrato em causa.

Caso falte algum destes pressupostos não estaremos perante uma verdadeira proposta, mas sim perante um convite a contratar³¹² que se pode definir como “a declaração destinada a provocar uma proposta de outrem”³¹³. Assim sendo, a pessoa que emite o convite a contratar não se encontra vinculado aos termos deste, esperando sim que, do outro lado, se inicie um procedimento para a elaboração de um possível contrato.

Figura próxima da proposta é a oferta ao público (art. 230/3) – normalmente realizada através de anúncios -, na medida em que esta não é direccionada a uma pessoa individual e concreta, mas sim a uma generalidade de indivíduos. Apenas diferem na qualidade do destinatário, não sendo este facto que impede de considerarmos a oferta ao público como uma verdadeira proposta³¹⁴ que, como tal, deve conter os pressupostos já indicados.

Num trabalho relativo ao estudo da mensagem publicitária, CALVÃO DA SILVA afirma que esta não será, em regra, uma proposta contratual, mas sim um mero convite a

³¹⁰ V., a título de exemplo, VASCONCELOS, Pedro Pais de; *Teoria ...*; ob. cit.; páginas 466 e 467 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 24.

³¹¹ Imagine-se uma cláusula inserida pelo proponente em que este demonstra ainda bastante incerteza relativamente ao contrato a celebrar. Aí não estaríamos perante uma verdadeira proposta.

³¹² V. o Ac. do STJ de 7-12-2010, em que se debate se a notificação para a preferência se consubstancia numa verdadeira proposta contratual ou num mero convite a contratar, tendo o tr. decidido pela segunda hipótese.

³¹³ FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 94 e VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; páginas 468 e 469.

³¹⁴ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 97 e 98.

contratar. No entanto, considera o Autor que nada impedirá que aquela seja vista como uma verdadeira proposta se for completa e firme na vontade de contratar³¹⁵.

Questão muito debatida tem sido a natureza jurídica da proposta, não só a um nível nacional, mas também internacional. MENEZES CORDEIRO³¹⁶, depois de explanar as várias teses de como pode ser perspectivada e analisada a proposta (enquanto um negócio jurídico, um acto jurídico *strictu sensu* ou um acto pré-negocial) acaba por defender a primeira, na medida em que considera que o proponente goza *de liberdade de celebração e de estipulação contratual* – defende o Autor a proposta enquanto *negócio jurídico unilateral*.

Diferentemente, CARVALHO FERNANDES³¹⁷, de acordo com GALVÃO TELLES, recusa a ideia de ver na proposta um verdadeiro negócio jurídico, sem no entanto afirmar que se lhe aplica o regime do negócio jurídico como, por exemplo, o relativo à capacidade ou à legitimidade.

3. A aceitação

Já a aceitação pode ser definida como “(...) a declaração pelo qual o destinatário de uma proposta negocial, ou qualquer interessado na oferta ao público, manifesta a sua concordância com o seu conteúdo”³¹⁸, dando origem à formação do contrato. Por outras palavras, é com a aceitação que termina a fase pré-contratual e se inicia a fase contratual.

No entanto, impõe o legislador que a aceitação seja efectivada de forma absoluta, isto é, a proposta deve ser aceite sem qualquer tipo de reservas ou restrições para que o contrato possa nascer. Caso contrário valerá como rejeição da proposta, com excepção da possibilidade de a modificação produzida ser suficientemente precisa, valendo nestas hipóteses como nova proposta³¹⁹ (art. 233º) – na situação de contraproposta, haverá uma inversão das posições das partes³²⁰.

³¹⁵ O Autor vai ao ponto de afirmar que a simples mensagem publicitária pode originar responsabilidade pré-contratual pela ruptura ilegítima das negociações, em casos excepcionais.

SILVA, João Calvão da; *A Publicidade na Formação do Contrato*; páginas 698 a 700.

³¹⁶ CORDEIRO, António Menezes; *Direito das Obrigações*; páginas 446 e seguintes,

³¹⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 95.

³¹⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 98.

³¹⁹ Importa salientar a diferença entre a aceitação parcial e esta figura da contraproposta, pois naquela, o destinatário aceita apenas parte da proposta.

FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 100.

³²⁰ CORDEIRO, António Menezes; *Direito das Obrigações*; página 451.

Neste sentido, PAIS DE VASCONCELOS aponta, como requisitos da aceitação não só a *conformidade*, mas também a *tempestividade* e a *suficiência formal*. O primeiro aponta exactamente para aquilo que acabámos de referir *supra*, na medida em que a aceitação deve ser absoluta e sem reservas da proposta contratual. Da suficiência formal importa recordar o que já em cima dissemos relativamente à proposta. Já no que toca à questão da tempestividade, também já referimos que a proposta pode ter prazo (art.228º), devendo aqui atentar ao consagrado no art. 229º.

Assim, desde já vamos percebendo que a aceitação, enquanto declaração recipianda, deve, pois, estar sujeita às mesmas características que frisámos *supra* para a oferta, ou seja, deve ser completa, firme na intenção e formalmente adequada. Além do mais, só é eficaz nos termos previstos no art. 224º.

No entanto, a lei acaba por tipificar duas normas que interessa referir. Primeiro, no art. 234º vem prevista a possibilidade de ser dispensada a declaração de aceitação, em casos especiais, como são as situações em que “(...) não seja costume a aceitação expressa, ou naquelas em que a mesma seja dispensada pelo proponente”³²¹.

Depois, na disposição do 235º, vem expressamente prevista a revogabilidade da aceitação desde que, o destinatário da oferta emita uma declaração de revogação da oferta antes que aquela (a aceitação) chegue ao poder do proponente ou seja dele conhecida (número 2).

Em termos sumários, o que importa reter é que o destinatário da oferta tem: um verdadeiro direito potestativo de a aceitar, situação em que o contrato se forma constitui, criando na esfera de ambas as partes direitos e obrigações; a possibilidade de recusar ou rejeitar a proposta; a hipótese de apresentar uma contraproposta, situação em que passa a ser o proponente³²².

D) As figuras que surgem na fase pré-contratual³²³

³²¹ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 99. No mesmo sentido MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; página 530.

³²² V. SILVA, Rui Gomes da e SILVA; Miguel Medina; *Teoria Geral do Direito Civil – Noções Elementares*; página 286.

³²³ MENEZES CORDEIRO, referindo-se a estes tipos de acordos, usa a expressão de *contratos preparatório*, de onde destaca o contrato-promessa, o pacto de preferência, a estipulação de forma e os contratos parcelares. CORDEIRO, António Menezes; *Direito das Obrigações*; páginas 439 e 440.

Não abordaremos aqui a matéria respeitante aos acordos de honra e às prestações de cortesia. Vmd, GOMES, Júlio Manuel Vieira/ SOUSA, António Frada de; *Acordos de Honra, Prestações de Cortesia e Contratos*; páginas 861 e seguintes.

Uma análise conveniente de todo o espaço pré-contratual exige um estudo de todos os acordos que possam surgir durante aquele, por influência das exigências do princípio da autonomia privada.

Assim, é normal que, quando estejam perante um contrato complexo e longo, as partes vão, à medida que as negociações vão avançando, estabelecendo e realizando certos acordos relativos a certas cláusulas contratuais, isto apesar de não existir ainda contrato (art. 232º) - nestes acordos vão acertando certos pontos contratuais que virão a ser integrantes do contrato futuro.

Mas pergunta-se: qual a sua natureza³²⁴? Terão já estas figuras uma natureza contratual ou terão um âmbito meramente pré-contratual?

Esta é uma pergunta que não pode ser aferida *à priori*. É necessário uma análise casuística, caso a caso, por parte do intérprete, de forma a averiguar se, na situação concreta, o acordo assume contornos vinculativos ou não. Caberá então ao juiz interpretar a real vontade das partes, isto é, deverá ser aquele a analisar se estes acordos se assumem como verdadeiros contratos – situação em que o incumprimento da obrigação originaria responsabilidade contratual - ou se, aqueles são apenas meras estipulações relativas a certas cláusulas contratuais de um possível futuro contrato - hipótese em que o incumprimento do acordo levará à convocação do regime pré-contratual.

Para isso, de acordo com SANTOS JÚNIOR³²⁵, deverá o juiz buscar não o critério de interpretação fornecido no art. 236º (na medida em que não existe ainda nenhum contrato), mas sim uma interpretação preliminar, de forma a analisar a estrutura da relação pré-contratual, defendendo, na maioria das vezes, uma interpretação subjectivista daquele momento das negociações.

No entanto, esta tarefa de interpretação e qualificação não se afigura nada simples. Como é fácil de perceber, o juiz não se poderá esquecer que muitas das vezes as partes

No entanto, ALBUQUERQUE MATOS realça que aquelas prestações de cortesia acabam por aparecer inseridas, muitas vezes, no espaço pré-contratual e, em caso da sua violação, poderemos estar perante uma situação de responsabilidade pré-contratual.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 356 e 357; nota 68.

³²⁴ Quando nos referimos aqui à natureza destes acordos, não pretendemos referir-nos ao momento em que estes surgem. Deixámos já claro que estamos a analisar aqueles acordos que se atingem na fase pré-contratual.

O que procuramos aqui é referir-nos à natureza do regime a convocar em caso de violação daqueles acordos.

³²⁵ JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; página 590. No mesmo sentido MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; página 536.

expressam-se de forma diferente do que pretendem, isto é, nem sempre as declarações dos envolvidos são claras e precisas. A juntar a tudo isto, as negociações nem sempre vêm a dar origem a um contrato pois, como já fomos referindo, as partes encontram-se protegidas pelo princípio da liberdade contratual em todo o momento das negociações, o que levará a que surjam, muitas vezes, vários litígios.

Apesar destas considerações, a realidade social mostra-nos que é possível individualizar alguns tipos de figuras, relativamente à sua natureza: umas que, apesar de estarmos ainda na fase pré-contratual, assumem já uma natureza contratual e; outras que possuem apenas uma natureza pré-contratual.

A diferença entre ambos, conclui-se pela diferença na aplicabilidade dos regimes jurídicos. Se nos primeiros, em que estamos perante verdadeiros contratos, se pode exigir a aplicação da acção de cumprimento ou da execução específica como veremos, aos segundos, em regra, apenas será de aplicar o regime do art. 227º.

Começemos então, por analisar os acordos que podem surgir nesta fase de negociações, em que estamos já perante verdadeiros contratos.

1.Figuras que originam responsabilidade contratual

Muitas das vezes, as partes, durante o período das negociações, acabam logo por alcançar certos acordos que têm natureza negocial que, nas palavras de MOTA PINTO, têm “uma finalidade preparatória do negócio definitivo”³²⁶.

Do vasto leque daquelas figuras iremos analisar apenas o contrato-promessa e o pacto de preferência³²⁷ pela sua maior relevância e preponderância na vida prática.

Assim, iremos tecer apenas algumas considerações relativas a cada um destes contratos, na medida em que eles se encontram fora do âmbito deste trabalho pois, em caso algum a sua violação dará lugar a responsabilidade pré-contratual, na medida em que, em

³²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 167.

³²⁷ Existem muitos outros exemplos que se poderiam convocar como o acordo-princípio ou o acordo-quadro que ALMEIDA COSTA define como o acordo “(...) através do qual as partes se comprometem, no caso de virem a contratar, a fazê-lo em certas condições”. Nesta situação, os envolvidos perderiam a sua liberdade de escolha do co-contratante e de estipulação do conteúdo contratual.

Poderíamos também falar do pacto de opção, que não se encontra tipificado na lei, que pode ser definido como o contrato em que uma das partes se obriga a contratar, enquanto a outra é livre de concluir (ou não) o contrato em causa, sendo que, para a conclusão deste, basta a manifestação da vontade do beneficiário. COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 47 e SILVA, João Calvão Da; *Sinal e Contrato Promessa*; página 28.

caso de não cumprimento daqueles, dever-se-á convocar o regime da responsabilidade contratual (arts. 442º e seguintes e 790º e seguintes).

1.1. Contrato-promessa

A noção de contrato-promessa foi expressamente consagrada na letra da lei, mais concretamente, no art. 410º³²⁸.

Apesar de o contrato-promessa nascer, muitas das vezes, na fase das negociações, a verdade é que não se confundem com estas, pois, como vimos, as partes não têm, nas negociações, a obrigação de celebrar qualquer contrato³²⁹. Diferentemente, num contrato-promessa, há uma vinculação³³⁰ à celebração de um contrato futuro, na medida em que, “(...) nasce uma obrigação de prestação de facto positivo, consistente na emissão de uma declaração negocial (...)”³³¹. Assim, vemos que as partes perdem, com a celebração de um contrato-promessa, a sua liberdade contratual em todas as suas dimensões, ganhando em contrapartida, segurança e certeza jurídica face à vinculatividade do mesmo.

Por outras palavras, devemos dizer que, apesar de o contrato-promessa surgir, na maioria das situações, na fase das negociações, não se confunde com a mesma. A vinculatividade que emerge daquele contrato supera em larga escala a que surge na fase negociatória, por muito mais avançada que ela esteja.

É fácil perceber que o contrato-promessa acaba por ser um verdadeiro contrato, apesar da sua função preparatória do contrato definitivo. Neste sentido, em caso do seu

³²⁸ No entanto, CALVÃO DA SILVA indica que, apesar de vir consagrado no número 1 do art. em causa a expressão “contrato”, nada obsta a que se possa celebrar um contrato-promessa de um negócio jurídico unilateral.

SILVA, João Calvão da; *Sinal...*; ob. cit.; página 17.

³²⁹ V. SILVA, João Calvão da; *Negociações Preparatórias de Contrato-promessa e Responsabilidade Pré-contratual*; páginas 83 a 85.

³³⁰ A vinculação tanto pode ser bilateral (quando ambas as partes assumem a obrigação de celebrar o contrato), como unilateral (apenas é uma das partes que se vincula a contratar)

³³¹ SILVA, João Calvão Da; *Sinal...*; ob. cit.; página 17.

incumprimento, poderá ser convocado o regime dos arts. 442º (sinal) e 830º³³² (contrato-promessa), o que difere bastante do regime previsto no 227º³³³.

1.2. Pacto de preferência

O regime do pacto de preferência vem previsto nos arts. 414º a 423º, sendo que pode ser definido como “(...) os contratos pelos quais alguém assume a obrigação de, em igualdade de condições, escolher determinada pessoa (a outra parte ou terceiro) como seu contraente, no caso de se decidir a celebrar determinado negócio”³³⁴.

Há que distinguir aqui entre o beneficiário e o obrigado à preferência. O primeiro mantém a sua liberdade contratual, na medida em que só contrata se pretender. No entanto sabe que caso pretenda contratar, nos termos pretendidos pelo obrigado à preferência, terá vantagem sobre todos os outros interessados, tendo na sua titularidade o direito potestativo de celebrar o contrato.

Já o obrigado à preferência mantém, diferentemente do que sucede no contrato-promessa, a liberdade de celebração do contrato e a liberdade de estipulação do conteúdo contratual, perdendo apenas a sua liberdade de escolha do co-contratante. Ou seja, o obrigado à preferência só é obrigado a dar preferência ao beneficiário da mesma, caso este aceite negociar em igualdade de condições com a vontade daquele, situação em que o obrigado à preferência estará colocado perante uma verdadeira sujeição.

2. Figuras que originam responsabilidade pré-contratual³³⁵

³³² Pode ver-se, pela leitura do número 1 deste art., que o regime do contrato-promessa se diferencia em muito do previsto no art. 227º. É que neste, nos casos de responsabilidade pré-contratual, nunca poderá haver lugar à execução específica prevista no 830º. Como já fomos dizendo várias vezes, até à celebração do contrato, ou mais concretamente, até à entrada na fase decisória, as partes mantêm a sua liberdade contratual de se recusarem a celebrar o contrato que estão a negociar, por muito avançadas que estejam as negociações.

³³³ No ordenamento jurídico brasileiro, existem alguns Autores que acabam por analisar a violação do contrato-promessa no âmbito da responsabilidade pré-contratual.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 109.

³³⁴ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 376.

³³⁵ SANTOS JÚNIOR refere-se a eles como *acordos intermédios*, de onde se excluem o contrato-promessa, o pacto de preferência ou a convenção de forma, entre outros.

Defende a terminologia indicada porque considera que aqueles acordos surgem no espaço que medeia a negociação e a celebração do contrato sendo, como tal, intermédios.

O Autor afirma ainda que, em Portugal, no âmbito da doutrina não existem muitas Obras a tratar desta matéria, referindo apenas trabalhos de MENEZES CORDEIRO, ALMEIDA COSTA e CALVÃO DA SILVA.

Mais importante para a matéria em estudo, são aqueles acordos que apenas possuem uma natureza pré-contratual, na medida em que a sua violação obriga à convocação do regime da responsabilidade pré-contratual.

Nesse sentido o já referido art. 232º abre margem à estipulação por escrito das cláusulas sobre as quais há acordo ou, apenas, com o objectivo de demonstrar que estão em curso negociações.

Assim, enquadrados pelo princípio da liberdade contratual, muitas das vezes as partes utilizam nas negociações algumas figuras jurídicas de forma a garantir e a definir certos pontos contratuais que já foram acertados, sem no entanto ser obrigatória a celebração do contrato³³⁶.

O ponto base que importa realçar, uma vez mais, é aquele que nos indica que nesta fase vigora com especial enfoque o princípio da liberdade contratual, que possibilita às partes um amplo poder jurigénico. Neste sentido, cuidaremos apenas de alguns dos tipos de acordos que podem surgir nesta fase, com destaque para as cartas de intenção e alguns dos acordos específicos que podem as partes celebrar.

2.1. As cartas de intenção, minutas ou puntacções³³⁷

A minuta é, em regra, uma figura jurídica que pretende apenas demonstrar que estão em curso negociações entre as partes e que ainda não existe nenhum contrato, podendo até nem se vir a celebrar - cartas de intenção de conteúdo mínimo³³⁸.

Por sua vez, MENEZES LEITÃO critica a opção desta terminologia por parte de SANTOS JÚNIOR e defende antes a opção pela expressão de *contratos preliminares*, influenciado pelo facto de aqueles nascerem na fase preliminar do contrato.

Por sua vez, MENEZES CORDEIRO fala em contratos parcelares.

V. JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; páginas 569 e seguintes; LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 63 e CORDEIRO, António Menezes; *Direito das Obrigações*; página 440.

³³⁶ JORGE, Fernando Pessoa; *A Formação...*; ob. cit.; página 56.

Citando SANTOS JÚNIOR, “(...) em termos gerais, o simples facto de as partes –podendo não o fazer– comprometerem-se em acordos intermédios, não pode deixar de ter o significado de tais instrumentos servirem à maior segurança das partes, à precisão ou concretização dos seus deveres, ao reforço da intensidade do dever de negociar de boa fé”.

JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; página 598.

³³⁷ Conhecidas como *letters of intente*, *memorandum of understanding*, *heads of agreement* ou *lettres d'intention*.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 53 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 78 e seguintes.

No entanto, aponta MENEZES LEITÃO³³⁹ que, no caso de estarmos perante uma situação de formação de um contrato comercial internacional, podem, por vezes, as cartas de intenção possuir uma natureza contratual, na medida em que podem ser reveladoras de um verdadeiro contrato. É que, segundo o Autor, a complexidade deste tipo de consensos obriga a que, muitas das vezes, mesmo com a ausência de acordo relativamente a certos pontos acessórios e laterais, deve considerar-se que estamos já na presença de um contrato.

Facilmente se percebe que, nesta situação não estamos perante verdadeiras cartas de intenção no referido sentido do termo. Procuramos aqui circunscrevermo-nos às situações das autênticas e verdadeiras cartas de intenção, no sentido estrito do conceito, que já definimos, onde não existe uma verdadeira vinculação contratual, até porque a isso se opõe o direito nacional, de acordo com o art. 232º.

A verdade é que, por vezes, a uma minuta pode seguir-se logo, por exemplo, um *agreement to negotiate* (acordo de negociação³⁴⁰) que constitui um pacto entre as partes com vista a desenvolverem todos os esforços, com o respeito pelas orientações advindas do princípio da boa fé, de forma a atingirem a futura celebração do contrato em negociação³⁴¹ - não existe aqui uma qualquer obrigação de celebrar o contrato. Deste modo, nos casos em que o contrato não se venha a efectivar, apesar das partes terem feito todos os esforços possíveis com vista à celebração daquele negócio, não haverá qualquer violação daquele acordo estabelecido³⁴².

Neste tipo de acordos não existe, nas palavras de MARIANA FONTES DA COSTA³⁴³, «autonomia» daqueles, em relação à proibição de ruptura das negociações que emerge do art. 227º – para a Autora, em ambas as situações estamos perante institutos que têm como base a boa fé³⁴⁴. No entanto, a grande vantagem proveniente da celebração daquele acordo

³³⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 350 a352 e GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 32.

³³⁹ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 54 a 57.

³⁴⁰ Já relativamente ao contrato de negociação, v. COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 125 a 141.

Aliás, como observa a Autora na mesma obra (página 141) “nem sempre o acordo de negociação se consubstancia num contrato. Aliás, arriscamo-nos a afirmar que, salvaguardadas pelo regime da responsabilidade pré-contratual português, maioritárias serão as vezes em que as partes não têm qualquer vontade de atribuir à intenção de negociar, exteriorizada na carta de intenção, natureza contratual”.

³⁴¹V. também, por exemplo, COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 108 e seguintes e COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 47;

³⁴² Veja-se o já referido ac. do tr. da Relação de Coimbra de 10-07-2013.

³⁴³ COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 148 e 149.

³⁴⁴ Diferentemente para SANTOS JÚNIOR, esta exigência de fazer todos os possíveis para a celebração do contrato representa um «extra» em relação à obrigação de actuar de acordo com o princípio da boa fé

é um intensificar da confiança entre as partes, na medida em que estas assumem voluntariamente (ainda que a isso já estivessem obrigadas por imposição legal) a comportarem-se de acordo com a boa fé.

Apesar de tudo o que já foi dito, e voltando um pouco atrás, importa referir que existe uma corrente da doutrina que considera que estas cartas de intenção são irrelevantes³⁴⁵, o que nos parece ser de recusar, até mesmo pelo facto de procedermos a uma autonomização desta figura neste trabalho³⁴⁶.

Em nossa opinião, defender a sua irrelevância seria como virar costas à teleologia do art. 227º, na medida em que representaria um claro desrespeito pelo princípio da boa fé. É exactamente a ideia de *bona fides* que está na base desta figura, pois ela acaba por consagrar o núcleo constituído pelas exigências provenientes daquele princípio³⁴⁷, com vista a uma possível celebração do contrato em negociação. Assim, as cartas de intenção assumem uma relevância jurídica, sendo tuteladas pela figura da responsabilidade pré-contratual e nunca pela execução específica.

Para além da sua natureza exclusivamente pré-contratual, e contrariamente a quem defende a sua inutilidade, convém salientar a utilidade desta figura. Ela assume uma enorme relevância para a salvaguarda da segurança³⁴⁸ e certeza jurídica, no sentido que as partes têm ali um importante meio de prova de que se encontram em negociações, que pode vir a revelar-se bastante útil em caso de litígios (arts. 362º e seguintes).

No entanto, para além das vantagens que traz a cada uma das partes, estes documentos têm ainda a vantagem de permitir ao juiz analisar, em caso de conflito inter-partes, a situação concreta. Neste sentido uma minuta pode surgir como um importante

presente no art. 227º e, como tal, considera que uma justificação vaga e ambígua para uma situação de ruptura não pode ser aceitável.

Neste sentido, defende que caso aquela obrigação não seja cumprida poderemos estar perante uma situação (dependente da realidade pré-contratual concreta) em que exista responsabilidade contratual ou responsabilidade pré-contratual.

JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; páginas 598 e seguintes.

Em nossa opinião, cremos que um acordo de negociação apenas dará lugar a responsabilidade pré-contratual. LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 58; nota 18.

³⁴⁵ MENEZES LEITÃO refere que essa parece ser a opinião mais comum entre os operadores internacionais, diferentemente do que defende por exemplo DRAETTA.

LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 61.

³⁴⁶ Em sentido semelhante DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 534.

³⁴⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 351 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 142.

³⁴⁸ MENEZES CORDEIRO indica os pressupostos de protecção das situações de confiança - v. *Tratado de Direito...*; ob. cit.; página 971.

meio a utilizar pelo intérprete para averiguar de uma possível situação de responsabilidade pré-contratual no caso concreto e da real e verdadeira vontade das partes.

Para além disto, existem ainda outros motivos para a celebração de uma minuta, podendo ser divididos em motivos de ordem interna (pense-se na hipótese de elaborar uma punctação por razões de ordem estratégica, em que a formalização da evolução contratual permite uma maior relação de confiança entre as partes) e externa (imagine-se a necessidade de terceiros [normalmente, instituições bancárias], que possam indirectamente intervir no negócio, exigirem certas formalidades e requisitos), de forma a permitir uma maior transparência nas negociações³⁴⁹.

Por agora importa ainda dizer, que a expressão “carta de intenção” poderia levar a que se considerasse que estaríamos aqui perante um comportamento unilateral e que, como tal, poderia estar sujeita ao princípio da tipicidade dos negócios unilaterais (art. 457º). No entanto, não deverá ser essa a nossa consideração, na medida em que a celebração de uma minuta surge, na maioria das vezes, como um comportamento acordado entre as partes³⁵⁰.

2.2. Os acordos alcançados durante o período pré-contratual, relativos a certos pontos do contrato

Num sentido mais alargado, e como já fomos dando a entender, as cartas de intenção podem também, desde logo, possuir os acordos³⁵¹ a que as partes chegaram no decorrer das negociações³⁵². É que, como já fomos referindo, a percepção da formação do contrato como um processo, obriga muitas vezes a que os negociadores vão atingindo certos acordos sobre pontos que consideram fundamentais e necessários tendo em vista a celebração do contrato.

Somos levados a considerar, de acordo com ALBUQUERQUE MATOS³⁵³, que na origem destes acordos podem estar razões de estratégia (na medida em que as partes têm

³⁴⁹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 352; nota de rodapé (65).

Também MARIANA FONTES DA COSTA acaba por propor classificações das cartas de intenção em função do fim e em função da natureza jurídica.

V. COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 93 a 104.

³⁵⁰ JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; páginas 588 e 589; nota de rodapé (55) e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 82 e 83.

³⁵¹ Veja-se o já referido acordo de negociação.

³⁵² V. SILVA, João Calvão Da; *Negócio e...*; ob. cit.; página 64 ou LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 57 e 58.

³⁵³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 353 e seguintes.

na sua disponibilidade esta matéria e, até porque, podem considerar que se afigura como essencial, para a continuação das negociações, a definição de certos pontos do contrato) e de metodologia (face à complexidade de muitas matérias ou, até em razão da divisão do próprio trâmite pré-contratual, podem as partes necessitar de recorrer a acordos relativos a certos pontos).

Um exemplo desses acordos é aquele em que as partes definem a orientação que as negociações devem seguir. Tal como defende ALBUQUERQUE MATOS³⁵⁴, os referidos acordos surgem como meras indicações e directrizes – daí o facto de se assumirem, muitas vezes, com uma linguagem imprecisa³⁵⁵ - para que as partes conduzam o período pré-contratual nos termos definidos. Além do mais, sempre podem as partes afastar-se dos caminhos pré-definidos, sem serem responsabilizados, desde que esse afastamento se funde na boa fé³⁵⁶. Daqui podemos dizer que, caso estes acordos sejam violados, haverá lugar a responsabilidade pré-contratual e nunca a responsabilidade contratual, pois aquele acordo não é completo³⁵⁷.

Outro exemplo desses acordos é o *agreement with open terms* que revelam a aceitação das partes de algumas das futuras cláusulas do contrato, apesar de aquelas continuarem a negociação com vista às restantes. No entanto, MARIANA FONTES DA COSTA afirma que não existe uma singular noção e compreensão destes acordos³⁵⁸.

Vejamos: segundo SANTOS JÚNIOR, desta espécie de acordos surgem as obrigações de cumprir as cláusulas já definidas, independentemente de se vir a celebrar o negócio em negociação e de continuar as negociações com o objectivo de se atingir o contrato definitivo³⁵⁹.

³⁵⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 360 a 362.

³⁵⁵ COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 80.

³⁵⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 360 a 362

³⁵⁷ V. VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 267.

³⁵⁸ A Autora refere-se a este tipo de acordo como *parcial* ou *parcelar*.

COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 149 e seguintes.

³⁵⁹ Aliás, o mesmo Autor considera que, por vezes, tendo em conta a real vontade das partes e o tipo de cláusulas já definidas, pode este acordo revelar já um verdadeiro contrato e, como tal, ser integrado nas cláusulas ainda não definidas nos termos do art. 239º.

De forma a evitar essa situação, podem as partes colocar no acordo uma cláusula *subject to contract* de forma a referir que o seu acordo não assume uma vinculação contratual

V. JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios...*; ob. cit.; páginas 595 e 601 a 603 e MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; páginas 538 e 539.

MENEZES LEITÃO define esta cláusula *subject to contract* como “(...) a intenção de adiar a vinculação das partes para a redacção e assinatura formal de um documento futuro, o que implica a consideração como nulo do acordo constante dos primeiros documentos”

LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 61.

Outra perspectiva daqueles acordos prende-se com a ideia de que, apesar do consenso que se atingiu relativamente a certa cláusula do futuro contrato, as partes continuam a gozar de liberdade de não celebração do contrato³⁶⁰, apesar de os pontos já definidos serem insusceptíveis de serem de novo discutidos - estes acordos têm, nas palavras de CALVÃO DA SILVA, a sua eficácia suspensa³⁶¹. Em suma, podemos dizer que estes acordos têm como características o facto de serem parciais e de o seu conteúdo ser imodificável³⁶².

Citando MARIANA FONTES DA COSTA “a grande diferença entre as duas noções avançadas prende-se com os efeitos jurídicos das cláusulas do contrato definitivo, constantes do acordo parcial: para a primeira noção apresentada, estas são vinculativas a partir do momento em que são consagradas no acordo parcial; para a segunda noção apresentada, estas cláusulas apenas adquirem vinculatividade jurídica aquando da sua inserção no contrato final”³⁶³. Por outras palavras, para os primeiros, caso as partes acabem por não celebrar todos os pontos do contrato, estes irão ser preenchidos pelo legislador. Já para os segundos, caso o contrato não se venha a efectivar, então os pontos já definidos extinguem-se, exactamente pelo facto de o contrato não verificar.

Quanto à primeira definição cremos estar aqui perante um verdadeiro contrato definitivo. É que as cláusulas acordadas são susceptíveis de ter, desde logo, «tratamento autónomo ou destacado em termos conclusivos»³⁶⁴. Deste modo, apesar de se situar no período pré-contratual, caso seja violado este tipo de acordo, então estaremos perante uma verdadeira situação de responsabilidade contratual.

Já quanto à segunda definição avançada (a do acordo sobre certas cláusulas que, caso não se venha a celebrar o contrato, se extinguem, na medida em que são parciais) não podemos dizer que estes acordos têm uma natureza contratual absoluta, mas sim uma

³⁶⁰ Nas palavras de MENEZES LEITÃO “trata-se, portanto neste caso de um mero acordo de negociação (*agreement to negotiate*) e não de um contrato-promessa”, exactamente por as partes manterem a referida liberdade de celebração do negócio.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 58.

³⁶¹ Nas palavras do Autor, neste sentido a carta de intenção “(...) constitui uma pró-memória ou mnemónica, memorandum a recordar às partes os pontos já acordados, que não admitem mais discussão (salvo por novo acordo) se o contrato definitivo for celebrado em caso de êxito das negociações.”

SILVA, João Calvão da; *Negócio e...*; ob. cit.; página 64.

³⁶² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 351.

³⁶³ COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 152.

³⁶⁴ O Autor refere-se a estes acordos como os *stop-gap agreement* e defende correctamente que não se podem estes confundir com aquilo a que chama acordos parciais, que configura exactamente a segunda definição avançada de *agreement with open terms*.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; página 364; nota 78.

“relevância contratual mitigada”³⁶⁵ - estes acordos apenas originam responsabilidade contratual, nas situações em que, após a celebração do contrato definitivo, sejam violadas aquelas cláusulas. E mesmo nestas situações, o que será violado é o contrato em si e não o acordo relativo à cláusula X ou Y, na medida em que aquele acaba por perder a sua autonomia no contrato em si.

Não restam dúvidas que, nesta modalidade, estamos perante um verdadeiro instrumento pré-contratual, na medida em que o acordo sobre certas cláusulas surge com vista à celebração de um contrato final que, caso não se verifique, origina a perda de autonomia daqueles acordos.

Em suma, tudo dependerá, uma vez mais, da vontade das partes. Caso elas tenham acordado sobre cláusulas que pretendem fazer impor independentemente da celebração a celebrar o contrato, então estaremos perante um verdadeiro contrato. Diferentemente, se aqueles acordos tiverem apenas uma função preparatória do acordo final que continua em discussão, então estaremos na presença de um mero acordo pré-contratual.

2.3. Os acordos alcançados durante o período pré-contratual, acessórios ao objecto do contrato: deveres de informação e de confidencialidade; a importância de protecção dos esclarecimentos prestados

Muitas das vezes, ainda mesmo antes de se formalizar uma carta de intenção, as partes acordam entre si certos acordos que se vêm a revelar fundamentais para o funcionamento das negociações, de onde importa destacar os pactos de informação e os acordos de confidencialidade³⁶⁶.

É que muitas das vezes, o padrão da boa fé impõe às partes a necessidade de trocar informações relativas a matérias que possam ser respeitantes ao âmbito do contrato, de forma a permitir uma melhor análise e percepção do negócio em estudo.

Porém, não existindo um dever absoluto de prestar informação - como já referimos -, as partes podem, através de certos acordos, regular a necessidade de serem prestadas informações, em certas hipóteses e situações, de forma a salvaguardar a parte que procure

³⁶⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 355 a 357; DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 535 e COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 153.

³⁶⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 358 a 260 e *Responsabilidade Civi...*; ob. cit.; página 251; nota 394.

aquele esclarecimento. Deste modo, podemos dizer que estes acordos encontram o seu fundamento no princípio da boa-fé, constituindo um fortalecimento dos deveres emergentes daquele que procura que as partes estejam em negociações com conhecimento de causa.

Da mesma forma, também as partes podem acordar a abstenção de prestação de informações – acordos de confidencialidade (*confidentiality agreements*) – com o intuito de protegerem certas técnicas e informações demasiado delicadas³⁶⁷. Face a esta especificidade e sensibilidade de informações, somos levados a concordar com MENEZES LEITÃO³⁶⁸ que realça a necessidade imperiosa de estes acordos serem bastante detalhados em termos do âmbito e do prazo da obrigação de confidencialidade.

No entanto, discordamos já deste Autor³⁶⁹, quando indica que a violação destes acordos originaria uma situação de responsabilidade contratual, na medida em que considera que estamos já perante verdadeiros contratos. Em nosso entender, apenas estaremos perante verdadeiros contratos na situação em que os deveres de informação ou de confidencialidade, alcançados na fase das negociações, continuam em vigor após a celebração do contrato – nesta situação específica, facilmente percebemos que será de convocar o regime da responsabilidade contratual, em caso de violação daqueles deveres.

Assim, importa dizer que, quer nos pactos de informação, quer nos acordos de confidencialidade, estamos perante instrumentos que têm uma mera natureza pré-contratual³⁷⁰, na medida em que tais acordos tendem, em regra, a perder a sua autonomia com a celebração do contrato e em nada influenciam as prestações contratuais.

Em suma, isto significa que estes acordos tendem normalmente a assegurar que as partes não irão usar as informações que adquiriram com o desenrolar das negociações – constituem como que uma salvaguarda da parte que as concede.

³⁶⁷ V. caso fornecido em MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; páginas 547 e 548

³⁶⁸ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 64 e 65.

³⁶⁹ Vnra.

³⁷⁰ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase...*; ob. cit.; páginas 359 e 360.

V. no mesmo sentido, concretamente relativo aos acordos de confidencialidade, VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 263 e *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 267.

O Autor considera que estamos num domínio em que a responsabilidade é amplamente definida pelas partes, recusando a ideia de conjugar a violação destes acordos com o art. 227º.

III - O alargamento do âmbito subjectivo do art. 227º

Chegados aqui importa recordar que os intervenientes na negociação de um contrato devem actuar segundo as regras da boa fé de forma a não serem responsabilizados, de acordo com o art. em causa. Aqueles assumem-se, na maioria das vezes, como as partes do futuro contrato que, como vimos, se concretiza com a aceitação da proposta.

Face a estas considerações que fomos tecendo importa questionar se também certos terceiros que, directa ou indirectamente, intervêm e influenciam a formação do contrato, podem vir a ser responsabilizados, com fundamento em responsabilidade pré-contratual.

Tomemos o exemplo de JHERING que defendia que a sua teoria da *culpa in contrahendo* apenas seria susceptível de ser aplicável aos próprios contraentes e nunca a terceiros que cooperavam ou intervinham no negócio³⁷¹.

No entanto, cremos que nos dias de hoje não pode vingar uma visão tão simplista da questão. É verdade que a letra do preceito em causa refere-se, em primeira instância, aos concretos negociadores. São eles os concretos intervenientes que estabelecem aquela ligação de bilateralidade que *supra* referimos e que a norma visa responsabilizar caso algum deles não respeite as directrizes da boa fé.

Porém, sempre fomos dizendo que, por vezes, terceiros podem intervir indirectamente no negócio quando, por exemplo, se encomendam estudos, pareceres ou se pedem certas informações. Aliás, até directamente podem aqueles actuar (basta pensar, por exemplo, na figura da representação – arts. 258º e seguintes). Mais se diga, quando imaginamos aqueles negócios altamente complexos e morosos³⁷², que exigem, quase que obrigatoriamente, a intervenção e cooperação de outras pessoas que não os negociadores, muitas das vezes verdadeiros profissionais com funções altamente técnicas e rigorosas³⁷³.

Daqui fica exposto, de forma abstracta, a relevância e influência que um terceiro pode ter no desenrolar do contrato em negociação.

³⁷¹ JHERING, Rudolf Von; *Culpa In...*; ob. cit.; página 41.

³⁷² FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; página 116.

³⁷³ MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula...*; ob. cit.; página 462.

Ora, esta visão das coisas esteve na origem da necessidade de se exigir que estes mesmos terceiros pudessem ser responsabilizados com fundamento em responsabilidade pré-contratual³⁷⁴.

Atentemos primeiramente à origem histórica desta ideia do alargamento subjectivo da responsabilidade pré-contratual. Foi, como sempre, no seio do direito alemão que começou a ser discutida esta possibilidade, através de um estudo de BALLERSTEDT sobre a possibilidade de responsabilização, no período pré-contratual do contrato, do representante³⁷⁵. Mais se diga que, na sequência desta teoria, o ordenamento em causa começou a aceitar que o representante fosse responsabilizado, especialmente quando utilizou uma confiança nele depositada ou quando teve um interesse próprio na conclusão do negócio³⁷⁶.

Daqui se retiram os dois principais argumentos para a responsabilização destes terceiros: por um lado, estes criam, na pessoa com quem negociam, uma confiança determinante para a conclusão do negócio; por outro, o terceiro, pela sua posição de especial proximidade com o contrato em estudo, poderia utilizar a sua influência para o moldar, isto é, pode suceder que também aquele esteja economicamente interessado³⁷⁷ na formação do negócio³⁷⁸.

³⁷⁴ RITA AMARAL CABRAL afirma que não devemos confundir o instituto da responsabilidade contratual com a designada responsabilidade por prospecto.

O prospecto são os “documentos em que são prestadas as indicações necessárias à avaliação dos investimentos anunciados” e, na opinião da Autora, “(...) quer da perspectiva da definição do círculo de responsáveis, quer do ponto de vista do próprio regime da responsabilidade estatuída é impossível, sem uma ficção, radicar o instituto estruturado por esta disciplina na culpa na formação dos contratos”.

Somos levados a afirmar que a responsabilidade pelo prospecto vai mais além do que aquela que emerge do art. 227º, na medida em que esta última supõe “(...) a relação específica entre os potenciais contraentes individualizados ou individualizáveis”.

CABRAL, Rita Amaral; *A Responsabilidade por Prospecto e a Responsabilidade Pré-contratual*; páginas 200 e seguintes.

Vmd FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 180 e seguintes e *Uma Terceira...*; ob. cit.; páginas 45 e seguintes e MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 97 e seguintes e 488.

³⁷⁵ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 268 e FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 117 e seguintes.

³⁷⁶ No mesmo sentido, também CANARIS afirma que nas situações de representação será de admitir a responsabilidade de terceiro quando este actua com a confiança nele depositada, dando também alguns exemplos desta situação.

CANARIS, Claus-Wilhelm; *Autoria e Participação na Culpa in Contrahendo*; página 17.

³⁷⁷ “O critério do interesse económico próprio de terceiro no contrato a celebrar mais não é – convencemo-nos – senão um indício da possibilidade da aludida determinação, que pode ir ou não de par com a existência de específicas situações de confiança. Aquele proveito pessoal nem sempre existe de resto (...), sem que por isso fique afectada a susceptibilidade de condicionar o *iter* da formação contratual.”

No entanto, podemos e devemos ir mais além. É que o instituto da *culpa in contrahendo* não permite apenas a responsabilização autónoma do representante.

Voltando ao paradigma do ordenamento jurídico alemão, é pacífico que possam ser responsabilizados outros terceiros, isto é, “(...) aquelas pessoas que, não sendo representantes de uma das partes nas negociações contratuais, são por elas introduzidas no negócio e exercem uma influência determinante na conclusão do contrato”³⁷⁹ – traduzida na expressão *Sachwalter*, que SINDE MONTEIRO critica por ser pouco precisa e rigorosa (significa “procurador”, mas não deve ser entendida em termos técnicos, na opinião do Autor).

É neste enquadramento lógico que, no ordenamento jurídico alemão, se começou a reconhecer “(...) a certos terceiros os benefícios e as vantagens de correntes da relação pré-contratual, e igualmente se aproveita para conseguir a responsabilização de outros sujeitos conexonados também com a negociação e formação do contrato perante as partes, mesmo na ausência de convenção alguma a liga-los a estas”³⁸⁰.

Por outras palavras, com a reforma que o Cód. civil alemão sofreu em 2003, a responsabilidade pré-contratual foi consagrada no § 311 do mesmo diploma e viu ser regulado, no número três do mesmo preceito, a possibilidade de se estabelecer uma relação obrigacional, semelhante à contratual, entre um dos negociadores e o terceiro.

Destarte, a lei alemã consagra uma norma que visa estabelecer as ligações que se podem verificar entre um dos negociadores e os terceiros. Daqui podem-se, pois, retirar dois tipos de situações passíveis de responsabilização³⁸¹: a de uma das partes perante

Nesse sentido CARNEIRO DA FRADA considera que será de “(...) rejeitar uma responsabilidade de terceiro, *ex vi* da *culpa in contrahendo*, por «interesses positivos de prestação», sob pena de se subverter a *ratio* do princípio da relatividade das convenções [veja-se art. 406./2º]”

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; página 123 e 124; nota de rodapé 103.

³⁷⁸ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 118 e seguintes e SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 165 e 166.

³⁷⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 54 e seguintes.

Como nos indica MOREIRA DA SILVA, nestes casos, é mais comum convocar-se o regime da responsabilidade contratual, na medida em que se invoca o contrato celebrado (expressa ou tacitamente) pelo terceiro e um dos negociadores. Porém, facilmente se percebe que, por vezes, estes contratos não existem ou são de prova difícil o que obriga a que se convoque o regime da responsabilidade pré-contratual de forma a proteger os negociadores.

SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; página 168.

³⁸⁰ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; página 116.

³⁸¹ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 163 a 165.

terceiros (casos de eficácia de protecção a favor de terceiros³⁸²) e, ainda, a do representante ou auxiliar nas negociações perante uma das partes (situações de responsabilidade pré-contratual).

Mas pergunta-se: no OJP, fará sentido aceitar semelhante alargamento do âmbito subjectivo da responsabilidade pré-contratual?

É verdade que, como já dissemos, a letra do art. 227º refere o sentido de que apenas quem negoceia com outrem poderá ser responsabilizado, caso não respeite as regras de boa fé.

Daqui facilmente se percebe que não se afigura difícil admitir como estando no âmbito subjectivo deste preceito as situações de representação (arts. 258º e seguintes) pois nestas, o terceiro actua em nome do representado, que se afigura, no caso concreto, como um dos negociadores³⁸³. Assim sendo, e olhando simplesmente à letra do preceito em causa, o representante pode responder directamente na medida em que *negoceia com outrem para a conclusão de um contrato*.

Já relativamente a outros terceiros (auditores, peritos, advogados,...), tais considerações não vingam, o que nos leva a questionar: como responsabilizar estes outros terceiros que acabam por intervir de alguma forma nas negociações?

³⁸² Os casos de eficácia de protecção a favor de terceiros assumem-se como aquelas situações “(...) em que um terceiro, porque se encontra próximo da relação de negociações, se vê abrangido pelo âmbito de protecção de deveres que incumbem aos participantes”.

Para estarmos na presença destas situações, DIETER SCHWAB apontada como pressupostos: “que o terceiro se encontrasse tipicamente na proximidade da prestação; que a parte contratual, do lado da qual se encontra, tenha um interesse considerável na sua inclusão dos deveres de protecção da contraparte; que este facto seja reconhecível para a contraparte”.

SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 169 e 170 e nota de rodapé 412 e NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 189.

Nas palavras de CARNEIRO DA FRADA no surgimento desta ideia de eficácia de protecção a favor de terceiros, está “(...) a necessidade de alcançar uma tutela satisfatória da integridade física, da saúde e da propriedade de certos terceiros, próximos a uma das partes nas negociações, através da extensão a esses terceiros dos deveres de protecção que integram a relação pré-contratual. Tome-se por situação paradigmática o conhecido caso, decidido pela jurisprudência germânica, da criança que, ao acompanhar a mãe que fazia compras num supermercado, sofreu danos por ter escorregado numa folha de hortaliça caída no solo (...)”

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; página 116; nota de rodapé 96.

³⁸³ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; página 292.

Sem que nos queiram criticar por partirmos já da conclusão a que procuramos chegar, uma coisa parece óbvia: não responsabilizar aqueles terceiros seria a maior injustiça³⁸⁴.

MENEZES CORDEIRO, por exemplo, parece defender a impossibilidade de responsabilização autónoma por via do art. 227º, na medida em que considera que “*a culpa in contrahendo* pode efectivar-se, nos termos dos arts. 483º/1 e 490º, contra o terceiro que colabore nas violações que a integram, embora, nesse caso, já sem a presunção de culpa contra eles”³⁸⁵. Ou seja, este Autor convoca o regime geral da responsabilidade extracontratual e de *responsabilidade dos autores, instigadores e auxiliares*, com vista a uma hipotética responsabilização do terceiro na fase pré-contratual.

Mas será esta a compreensão correcta das coisas? Isto é, não fará sentido uma possibilidade de convocação directa do art. 227º para uma possível responsabilização de terceiros?

É inegável que se fossemos a analisar restritivamente o art. 227º, teríamos de concluir que seria impossível permitir que o instituto da responsabilidade pré-contratual se aplicasse a estes terceiros a que agora nos referimos, face à letra do preceito em causa. É que, na maioria das situações, o terceiro, apesar de poder influenciar a formação do contrato, acaba por não intervir directamente nas negociações em si, isto é, não *toma parte* nas negociações³⁸⁶.

Como fundamentar então, neste leque de casos, a responsabilidade de terceiros que *não tomam parte* no processo formativo do contrato?

CARNEIRO DA FRADA avança várias possibilidades: desde a analogia da responsabilidade dos mediadores à responsabilidade profissional, passando pela possibilidade de o terceiro ter celebrado um contrato com a parte lesada (situações em que a responsabilidade do terceiro teria uma «solução negocial») ou pela eficácia de protecção

³⁸⁴ “Seja como for, a sujeição do terceiro à *culpa in contrahendo* auxilia a colmatar o *deficit* de protecção do lesado susceptível de ocorrer em virtude de os seus meios de tutela se dirigirem apenas, em princípio, contra quem é parte formal no contrato”.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 123 e 124.

³⁸⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 585. V. também PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 183 e seguintes.

³⁸⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; página 292.

para terceiros, ressalvando, no entanto, que as hipóteses aqui avançadas afastam-se claramente do âmbito concreto da responsabilidade pré-contratual³⁸⁷.

Creemos que a interpretação da disposição normativa em causa não se pode bastar ao elemento literal, devendo aquela ser interpretada teologicamente³⁸⁸. É que como já fomos referindo, nos dias de hoje, com o desenvolvimento económico que se tem assistido, verificamos que muitas das vezes os contratos acabam por assumir proporções de larga escala, na medida em que, vários terceiros têm actuações necessárias ou até mesmo fundamentais, com vista à formação definitiva do negócio.

Na opinião de CARNEIRO DA FRADA³⁸⁹, a cláusula geral do art. 227º permite à doutrina e ao legislador um amplo espaço de desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual, como já referimos anteriormente, de onde se poderá reconhecer a aplicação desta a terceiros – já referimos por algumas vezes neste trabalho que a norma em causa é uma norma aberta, em constante evolução e preenchimento face à amplitude da cláusula geral e da utilização de conceitos indeterminados.

Destarte, daquele preceito não se exclui a possibilidade de os intervenientes na formação do contrato não serem os mesmos que os futuros contraentes, o que nos levará obrigatoriamente a afirmar que também os terceiros que intervêm com autonomia no processo formativo do contrato deverão ser responsabilizados, pois as exigências da boa fé também a eles se aplicam³⁹⁰ - são, neste sentido, «sujeitos autónomos da relação de negociações».

Obviamente, não faria sentido e seria até bastante injusto que certos terceiros como auditores, conselheiros financeiros, contabilistas ou analistas, que actuam com influência nos termos e na regulação do próprio contrato, não respondessem pelas suas intervenções.

³⁸⁷ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 126 a 154.

³⁸⁸ FRADA; Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira...*; ob. cit.; página 101.

³⁸⁹ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 154 e 155.

³⁹⁰ “De facto, a relação de negociações pode antes ser construída como aquela que se estabelece entre os que intervêm com *autonomia* no processo de formação do contrato, mesmo que não sejam portadores dos interesses que esse contrato visa regular ou acautelar”.

FRADA; Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira...*; ob. cit.; página 100 e *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; página 155.

V. também ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; páginas 221 e 222, SILVA, João Calvão da; *Responsabilidade Civil do Produtor*; página 338 e 339; nota de rodapé (3) e CRUZ, Paulo Sérgio Da Costa e; *A Concorrência do Risco com a Culpa do Lesado*; página 25.

Porém, um terceiro não responderá sempre e em qualquer situação. Importa, por isso, analisar os pressupostos para que se esteja perante uma situação susceptível de responsabilização de terceiro por actuações na fase formativa do contrato - segundo CARNEIRO DA FRADA é necessário “(...) que entre ele [o terceiro] e o lesado exista uma ligação especial, um vínculo específico, uma relação particular”, isto é, necessita-se que o lesado tenha confiado na actuação ou afirmação do terceiro.

Para o Autor em causa os quatro pressupostos para a possível responsabilização dos terceiros são: “uma situação de confiança, pela qual alguém confia no comportamento ou nas declarações de outrem; uma justificação dessa confiança, porquanto a imprudência ou a incúria do confiante tornam injustificada a sua protecção; um investimento de confiança, traduzido na necessidade de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade cujo resultado ficaria comprometido se a confiança não fosse respeitada; a possibilidade de imputar a confiança àquele contra quem actua a protecção da confiança”³⁹¹.

Nesta perspectiva somos levados a dizer que, para a responsabilização de terceiro no período pré-contratual, não é exigível apenas a actuação ilícita daquele, ao violar as directrizes provenientes da boa fé. Perspectivando a relação que se estabelece entre o terceiro e o lesado como uma ligação de confiança impõe-se, a par disso, uma: *justificação dessa confiança* actuação do terceiro, isto é, um acreditar justificado e justificável na legitimidade de actuação deste e; um *investimento da confiança*, na medida em que o lesado actua com base nas informações ou directrizes do terceiro.

Não deixa de ser verdade que, muitas das vezes, a prova desta relação de confiança se irá afigurar como muito difícil de provar, na medida em que a confiança se afigurar como “(...) uma realidade do foro interno e psíquico”³⁹². No entanto, referindo-se especificamente aos auditores, CARNEIRO DA FRADA considera que essa confiança se verifica, muitas das vezes, “(...) sobretudo face à posição, ao prestígio e à autoridade que certos auditores granjeiam”³⁹³.

Diferentemente, SINDE MONTEIRO acaba por explanar a possibilidade de responsabilização dos terceiros de outro modo. Para o Autor³⁹⁴, a responsabilização dos

³⁹¹ FRADA; Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira...*; ob. cit.; páginas 103 e 104.

³⁹² FRADA; Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira...*; ob. cit.; página 104.

³⁹³ FRADA; Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira...*; ob. cit.; página 104.

³⁹⁴ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; páginas 514 e seguintes.

terceiros dever-se-á buscar nos contratos com eficácia de protecção para terceiros – neste sentido, o dever de indemnizar a cargo do perito, advogado ou terceiro interveniente das negociações, prender-se-ia com a circunstância de este não ter cumprido e respeitado as obrigações que se lhe impunham com base no contrato estabelecido (com o outro negociador), que vinham a originar danos ao negociador lesado, por ter sido influenciado pelo conselho, recomendação ou informação daqueles.

No entanto esta solução não vinga quando não existe um contrato entre o terceiro que vem influenciar as negociações e um dos intervenientes nestas.

O Autor aponta, então, uma outra possibilidade para a responsabilização pretendida – a «relação corrente de negócios» que sucede quando “(...) entre as partes se estabelece um comércio jurídico permanente, caracterizado pela disponibilidade para a celebração de novos negócios, [em que] parece razoável admitir que nasce *ex lege* uma «relação obrigacional especial», não originando na verdade deveres de prestação, mas gerando deveres de lealdade e de protecção, de onde resulta *inter alia*, que, se são dados conselhos, recomendações ou informações em relação com essa ligação negocial, deve ser observado o cuidado exigível no tráfico”³⁹⁵.

Daqui percebermos que aquela relação corrente de negócios se assume como uma relação obrigacional complexa sem deveres primários de prestação, tal como dissemos ser realidade semelhante à que se extrai do art. 227º.

No entanto, apenas será de convocar a analogia com a relação corrente de negócios quando exista, entre uma das partes e o terceiro, aquela ligação especial que referimos, o que poderá não acontecer³⁹⁶.

Em suma podemos dizer, como referimos já em nota, que grande parte da doutrina tende a admitir a possibilidade de responsabilização do terceiro. No entanto, expusemos brevemente as duas exposições mais desenvolvidos encontradas com o propósito de analisar a fundamentação daquela obrigação do terceiro indemnizar o lesado com fundamento em responsabilidade pré-contratual³⁹⁷.

³⁹⁵ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; página 515.

³⁹⁶ A Autora em causa dá o exemplo de uma das partes pedir a um seu amigo que avalie o valor de um terreno. Ora, como vemos, aqui não existe aquela ligação especial que foi referida. SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; página 294.

³⁹⁷ De acordo com SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 295 e 296.

IV – Pressupostos da responsabilidade pela ruptura ilegítima das negociações

Analisados os fundamentos e a origem da responsabilidade pela ruptura das negociações, importa agora saber quando estaremos perante uma situação de responsabilidade pré-contratual, isto é, quais os seus pressupostos.

Assim, tal como sucede nos outros tipos de responsabilidade (contratual e extracontratual) teremos de estar na presença de “um facto voluntário, positivo ou omissivo, do agente, o carácter ilícito desse acto, a culpa do seu autor e a ocorrência de um dano causalmente ligado ao comportamento”³⁹⁸.

É compreensível que, sendo esta um tipo de responsabilidade civil, a ela estejam ligados os mesmos pressupostos que se colocam à responsabilidade contratual ou extracontratual.

Nestes termos, a parte culpada apenas responderá quando se verificarem todos os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, não existirá responsabilidade pré-contratual se, por exemplo, o rompimento das negociações não produzir danos ou se não houver uma ligação causal entre a ruptura e possíveis danos.

No entanto, como observa SINDE MONTEIRO, “o que verdadeiramente caracteriza e diferencia estas três espécies é a natureza do facto antijurídico (ilícito) que está na origem de cada uma delas”³⁹⁹ - a ilicitude que está na base da responsabilidade pré-contratual está precisamente na violação daqueles deveres emergentes da cláusula geral de boa fé a que já nos fomos referindo anteriormente.

Centrando-nos nas situações de ruptura das negociações, e como já fomos dizendo, nenhum interveniente tem o direito de as romper a qualquer custo⁴⁰⁰. Se é verdade que os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual permitem a qualquer uma das partes poderem gozar até ao momento da efectiva celebração do contrato a possibilidade de o recusar, também o é que as exigências da boa fé impõem aos intervenientes nas

³⁹⁸ PRATA, Ana; *Responsabilidade Pré-contratual*; página 36 e seguintes.

V. também, por exemplo, VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 300 e DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; páginas 538 e 539.

³⁹⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 9

⁴⁰⁰ Como já referimos *supra* importa recordar que na doutrina italiana há quem defenda que é impossível existir responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, antes de existir uma verdadeira proposta contratual.

TAVARES, José; *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*; página 492.

negociações o respeito pelas expectativas da outra parte e pela confiança que se desenvolveu aquando do avançar das negociações.

Nestes termos, como ensina grande parte da doutrina⁴⁰¹, há que atentar, ao nível da ilicitude, a dois determinantes e relevantes pressupostos para que possamos estar perante um caso de ruptura das negociações: 1) que existam negociações e que elas tenham permitido ao contratante em relação ao qual se realiza a interrupção formar uma razoável base de confiança; 2) que a ruptura das negociações seja ilegítima⁴⁰².

A este propósito, como nos dá a conhecer DÁRIO MOURA VICENTE⁴⁰³, importa dizer que já a 6 de Fevereiro de 1969, o tr. Federal Alemão considerada como pressupostos para a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações a: expectativa e convicção da futura celebração do contrato na parte que não abandona as negociações e; uma ruptura das negociações sem um motivo válido e legítimo. A grande dificuldade prendia-se, na altura, com o facto de existirem várias divergências sobre aquilo que se considerava um «motivo justificativo».

FERREIRA CUNHA trata ainda, no âmbito dos pressupostos da ruptura das negociações, da temática do *venire contra factum proprium*⁴⁰⁴, para se referir às situações em que as partes colocam todos os esforços nas negociações de um contrato e estabelecem uma relação de confiança na futura possibilidade de celebração daquele e, posteriormente,

⁴⁰¹ V., por exemplo, COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 53 e 54; ABREU, Jorge de e CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-contratual...*; ob. cit.; página 45; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; páginas 551 e 552; SALVADOR, Manuel Júlio Gonçalves; *A Boa Fé...*; ob. cit.; página 12 e SILVA, João Calvão da; *Negociações Preparatórias de...*; ob. cit.; página 90.

No entanto, nem todos os Autores aceitam esta divisão que faremos no âmbito da ilicitude.

CARNEIRO DA FRADA é um dos Autores que critica este entendimento, aquando da sua análise à doutrina da confiança. Aliás, o mesmo acaba por admitir que “(...) as hipóteses de ruptura do processo negocial escapam na realidade às malhas da previsão do art. 227 do Código Civil ao exigir-se aí a violação culposa dos ditames da boa fé”.

Para o Autor, a responsabilidade por ruptura das negociações nunca provirá de um comportamento ilegal do sujeito, pois tal só sucederia se houvesse a obrigação de o lesante celebrar o contrato.

V. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 515 e seguintes.

De forma semelhante, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO convoca a figura do abuso de direito.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 198 e 199.

⁴⁰² V. também o Ac. do Tr. da Relação de Coimbra de 6-3-2012.

“Os pressupostos de facto da responsabilidade civil pré-contratual são: (1) a criação de uma razoável confiança na conclusão do contrato; (2) o carácter injustificado da ruptura das conversações ou negociações; (3) a produção de um dano no património de uma das partes; (4) a relação de causalidade entre este dano e a confiança suscitada”.

⁴⁰³ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 302.

⁴⁰⁴ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 169 e 170.

Vmd sobre a proibição do *venire contra factum proprium*, MACHADO, J. Baptista; *Tutela da Confiança...*; ob. cit.; páginas 384 e seguintes.

uma delas vem romper as negociações sem qualquer motivo válido. Porém, a própria Autora ressalva que nem todas as situações de ruptura das negociações se assumem como hipóteses que se inserem na teoria do *venire contra factum proprium*, na medida em que caso assim não fosse, existiria uma clara violação do princípio da liberdade contratual.

Sem deixar de concordar com tal ideia, importa referir que, em nossa opinião, as situações de ruptura das negociações terão, maioritariamente, na base uma situação de *venire contra factum proprium*. Em grande parte dos casos, a conduta do lesante vai colocar em causa a confiança que se foi desenvolvendo à medida que as negociações foram avançando⁴⁰⁵, com vista à efectiva celebração do negócio.

Apesar destas considerações, por agora bastará dizer que será de recusar, quer a hipótese de responsabilizar todos os casos de rupturas de negociações (o que como já referimos *supra* constituiria um verdadeiro ataque aos princípios basilares da autonomia privada e da liberdade contratual), quer a irresponsabilidade em todas as situações de abandono das negociações (como acontece em países como a Inglaterra, onde existe uma larga preponderância do princípio da liberdade contratual). É que, caso qualquer uma destas situações fosse uma realidade, haveria um enorme receio no desenvolvimento do comércio jurídico.

É que, como já referimos, o legislador procurou no instituto da responsabilidade pré-contratual, não só proteger os interesses individuais de ambos os negociadores (de um lado a ideia de que as partes gozam até à efectiva celebração do contrato a possibilidade de o recusarem e, do outro, o pressuposto que é imperial proteger as partes que acreditam e confiam numa futura celebração do contrato), bem como uma eficaz circulação do tráfico jurídico, de forma a não colocar entraves na actividade negocial⁴⁰⁶.

Interessa, pois, chegados aqui, analisar com pormenor aqueles pressupostos que dissemos exigir-se para estarmos, no OJP, perante uma verdadeira responsabilidade por ruptura das negociações.

Começamos então pela análise do pressuposto da ilicitude, lembrando que, em regra, a ruptura das negociações não se assume como ilícita⁴⁰⁷. O que se vem a assumir

⁴⁰⁵ RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 764 e 765.

⁴⁰⁶ V. no mesmo sentido, ac. do tr. da Relação de Coimbra de 8-04-2008.

⁴⁰⁷ “Assim, o facto gerador da responsabilidade (a ruptura das negociações) traduz-se no exercício de um direito que, em virtude das circunstâncias do caso concreto – que o Autor entende deverem ser sempre avaliadas pelo julgador -, aparece a ofender clamorosamente a consciência jurídica”.

como ilícito é sim a frustração das expectativas que a contraparte firmou aquando do decorrer das negociações – a responsabilidade por ruptura das negociações tem um «carácter excepcional»⁴⁰⁸.

A) A ilicitude⁴⁰⁹

1. Existência de negociações que formaram nas partes uma razoável base de confiança⁴¹⁰

Fundamental será, desde já, remeter para o já desenvolvido no capítulo II, onde perspectivámos e delimitámos o período das negociações de forma a se saber quando é que as mesmas têm início⁴¹¹.

Não estaremos, obviamente, perante a existência de negociações quando exista por si só e apenas um mero convite a contratar de uma das partes e a outra a recuse, independentemente de o proponente ter tido gastos⁴¹².

NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 229.

V. também no mesmo sentido o já referido ac. do tr. da Relação de Coimbra de 10-07-2013.

⁴⁰⁸ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 11e MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 242.

⁴⁰⁹ “A ilicitude da responsabilidade pré-contratual vai de mão dada com a culpa, ou mesmo que ambas estão enredadas de forma praticamente incindível”.

ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-contratual...*; ob. cit.; página 53.

Segundo o já referido Ac. do STJ de 18-12-2012 “a ilicitude nessa fase resultará, assim, da violação das regras da boa fé subjacentes aos deveres de protecção (que impõem às partes a obrigação de se absterem de actuações susceptíveis de causar danos à outra parte) aos deveres de informação verdadeira (sobre todas as circunstâncias relevantes para a decisão da outra parte) e aos deveres de lealdade (prevenindo comportamentos desleais para a outra parte, de que é exemplo a ruptura unilateral e injustificada de negociações quando a outra parte já adquirira plena confiança na conclusão do negócio)”.

V. também, quanto à divisão da ilicitude que iremos fazer, o Ac. do Tr. da Relação de Évora de 03-03-2010.

⁴¹⁰ Já fomos dizendo que aquele período que antecede as negociações propriamente ditas, dos contactos preliminares, está também sujeito ao respeito pelas directrizes da boa fé. Nesta situação, somos levados a admitir que se pode afastar, como pressuposto, a necessidade de existirem negociações, mas já não o facto de se ter formado uma base de confiança.

⁴¹¹ É de destacar o aparecimento de várias teorias, especialmente na Alemanha, com o objectivo de tentar definir o início da fase negociatória, ou seja o momento a partir do qual os deveres impostos pela cláusula da boa-fé se deveriam efectivar.

Tomemos, como exemplo, a já referida teoria de HEINRICH STOLL que defendia que os deveres provenientes da cláusula de boa-fé contavam-se a “partir da emissão da proposta ou do convite para contratar”.

No entanto, tais teorias são alvo de várias críticas face à circunstância de que aquelas não teriam em consideração a diversidade de situações possíveis. Será sempre impossível dizer-se, de forma abstracta, quando se iniciam (ou não) as negociações, apesar de como vimos se poder individualizar certas características específicas desta fase.

Em suma, concluímos que só caso a caso será possível perceber qual o real momento das negociações.

V. PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 40 e seguintes.

Para estarmos perante verdadeiras negociações será pois necessário ir mais além, na medida em que, deve existir uma verdadeira relação de intersubjectividade entre as partes, ou seja, um esforço comum dos sujeitos, destinado à celebração do negócio, através da discussão e verificação da troca de propostas e de contrapropostas⁴¹³. As partes terão como que se comprometer a fazer os possíveis para a celebração do contrato, existindo em cada um dos sujeitos a confiança mútua de que as negociações irão ser conduzidas segundo o princípio da boa fé através de um comportamento justo, correcto e leal, ou seja, através de um comportamento provido de «sentido ético-jurídico».

Necessário será, como salienta ALMEIDA COSTA⁴¹⁴, que a confiança estabelecida entre as partes seja *razoável e objectivamente motivada*, não se bastando “uma confiança que se configure como um simples estado psicológico ou convicção com puras raízes subjectivistas”⁴¹⁵. Por outras palavras, tal como afirma BENATTI, a confiança não pode ser uma *mera esperança* na celebração do negócio⁴¹⁶, isto é, a confiança tem de ser justificada.

Deste modo somos levados a dizer que apenas caso a caso será possível verificar se estamos perante verdadeiras negociações, sendo que o intérprete poderá socorrer-se de certos elementos que o ajudam a analisar a situação⁴¹⁷.

Concluindo, o que o instituto da responsabilidade pré-contratual procura proteger não é tanto os danos que uma parte lesada sofre com a ruptura (até porque como já referimos, os gastos realizados não são, em regra, indemnizáveis, aquando da negociação),

⁴¹² Aqui apenas houve um comportamento unilateral por parte do proponente e não existe qualquer ligação de confiança necessária para que se esteja perante negociações.

⁴¹³ Acontece que, muitas das vezes, as partes vão, à medida que concordam em certos pontos do contrato, reduzir a escrito tais cláusulas – este facto é uma clara hipótese para se provar que existem já verdadeiras negociações.

⁴¹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 57.

⁴¹⁵ Nestes termos a confiança estabelecida entre as partes durante as negociações não deve ser analisada de uma perspectiva isolada, de apenas uma das partes. Deve antes ser analisada objectivamente, através de uma ponderação das expectativas de cada uma das partes na celebração e validade do negócio.

É neste sentido que BAPTISTA MACHADO fala em *elementos objectivamente essenciais e elementos objectivamente acessórios mas subjectivamente essenciais* – v. *A Cláusula...*; ob. cit.; página 536.

V. também CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 164 e seguintes; ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-Contratual...*; ob. cit.; páginas 76 e 77 e DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 540.

Relembre-se, ainda, o que já foi dito *supra* relativamente ao art. 232º.

⁴¹⁶ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 164.

⁴¹⁷ ALMEIDA COSTA indica alguns desses elementos como: “(...) a duração e o adiantamento das negociações, a natureza e o objecto do negócio, os valores nele envolvidos, a qualidade dos contratantes e a sua conduta”.

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 57.

Em sentido semelhante v. PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 44 a 47 e GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 75.

mas sim a confiança que foi depositada por esta no desenvolvimento do *iter negotii*, criando nas partes expectativas que o contrato fosse válido e eficaz e que se viesse a celebrar.

2. Ruptura ilegítima das negociações⁴¹⁸

Para além da confiança que se estabeleceu nas partes, fruto da existência das negociações, será requisito necessário para a existência de responsabilidade pré-contratual a ruptura ilegítima e sem justa causa das mesmas. Como vimos, o conceito de boa-fé impõe às partes um comportamento honesto, leal e correcto na fase pré-contratual, sendo que são atribuídos às mesmas alguns deveres (já referidos *supra* aquando da análise do princípio da boa fé na fase pré-contratual), de onde se destaca a obrigação de não romper as negociações sem um fundamento válido.

No entanto, é inegável que durante a fase das negociações podem surgir divergências entre as partes, que alterem a sua decisão de contratar e os termos em que o fazem. Aliás, é natural que assim suceda na medida em que cada um dos intervenientes procurará a melhor oportunidade de negócio. Obviamente, por exigências do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual, as partes podem interromper o processo negocial por motivos legítimos (na maioria das vezes, por razões de ordem económica), não advindo daí qualquer obrigação de indemnizar, em regra.

Mas quais delas podem, efectivamente, consubstanciar uma ruptura legítima das negociações? Estamos de acordo com JORGE DE ABREU e TIAGO PITTA E CUNHA quando afirmam que apenas as divergências sérias e qualificadas - divergências que incidem sobre pontos fundamentais para as partes - podem dar lugar a uma ruptura não arbitrária das negociações⁴¹⁹.

Mas pergunta-se: mais concretamente, em que consiste uma ruptura ilegítima das negociações? Como aferimos a legitimidade ou a ilegitimidade?

⁴¹⁸ Destaque para a existência de uma parte da doutrina que considera que apenas os actos dolosos seriam susceptíveis de levarem a uma situação de responsabilidade pela ruptura das negociações, como defende BENATTI.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 198.

De fora ficariam, portanto, as actuações de mera culpa que não seriam fundamento deste tipo de responsabilidade. No entanto, como analisaremos *infra*, aquando da análise do pressuposto da culpa, o art. 227º integra quer as atitudes dolosas, quer as situações de mera culpa, o que nos leva a concluir que esta teoria não é defensável.

⁴¹⁹ ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-contratual...*; ob. cit.; página 69.

O termo em análise insere-se no quadro dos conceitos indeterminados que penetraram pelo direito como consequência da superação do período positivista legalista. O legislador, apercebendo-se que as circunstâncias da vida são muito mais imprevisíveis do que a *mens legislatoris*, pretendeu, com a consagração daqueles conceitos, atribuir ao intérprete a busca do seu sentido, na medida em que, apenas perante as circunstâncias do caso concreto se poderia afirmar ou desmentir a ilegitimidade da ruptura. Ou seja, tal como sucede com o termo «negociações» ou «confiança», só perante as circunstâncias do caso concreto se poderá julgar se estamos perante uma ruptura injustificada ou justificada das negociações, através de uma ponderação concreta dos interesses das partes e dos interesses gerais do comércio jurídico.

No entanto, sempre poderemos dizer que existe uma verdadeira ilegitimidade da ruptura quando, a parte que rompe as negociações, o faz sem um motivo válido, de forma desleal, violando claramente os valores impostos pela boa-fé, à luz das circunstâncias e das especificidades do caso.

Nesse sentido, importa dizer, uma vez mais, que somos levados a considerar que será sempre necessário que o comportamento de ruptura das negociações seja analisado, não de uma perspectiva individual da pessoa que rompe as negociações, mas sim da perspectiva que esse rompimento teve para a contraparte e para a relação de confiança estabelecida entre aquelas. O princípio da boa-fé traduz, pois, uma verdadeira função de tutela e de protecção à parte que está interessada na verificação e conclusão do contrato e vê as negociações serem ilegitimamente interrompidas.

Uma ideia parece pacífica: em regra, a parte que rompe as negociações não tem de se justificar perante a contraparte. No entanto, caso o faça, deve justificar-se com a verdade⁴²⁰. Por outras palavras, apesar do interveniente que rompe as negociações não ter um dever de dizer à contraparte os motivos que estão na base da ruptura, caso o faça, deverá proceder de acordo com a verdade dos factos e dos motivos para a sua actuação.

ANA PRATA refere a este propósito que, a ideia que acabámos de referir, a juntar ao facto de ser bastante complicado definir critérios objectivos relativos à legitimidade de uma ruptura, leva a que exista uma corrente doutrinal que defenda que a ruptura das negociações raramente originará responsabilidade civil⁴²¹.

⁴²⁰ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por...*; ob. cit.; página 359.

⁴²¹ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 70 e 71.

Mas não podemos concordar com tal orientação. Vimos já que cercear a aplicação da responsabilidade pré-contratual às situações de ruptura das negociações seria extremamente desvantajoso para o comércio jurídico. Além do mais, se de forma abstracta é impossível definir um critério prévio, rigoroso e objectivo para que se possa dizer quando estamos perante situações de ruptura ilegítima das negociações⁴²², já perante um caso concreto, será possível ao intérprete analisar as condutas das partes, face à singularidade de cada situação.

Além do mais, sempre conseguiremos convocar algumas situações exemplificativas de certos casos que se podem individualizar, enquanto exemplo de ruptura ilegítima das negociações, como por exemplo:

- a situação que vulgarmente é designadas por recesso intencional, que nas palavras de CARVALHO MARTINS, citando ALMEIDA COSTA, se afigura como a hipótese em que “(...) a ilegitimidade da ruptura de negociações [é] iniciada com esse especial propósito, ou que, embora iniciadas lealmente, a sua interrupção teve apenas em vista causar danos à contraparte”⁴²³, consubstancia-se numa verdadeira situação de responsabilidade pré-contratual - aqui o lesante actuou sem qualquer respeito pelo princípio da boa fé (desde o início ou desde o momento em que decidiu que já não iria contratar e continuou a negociar como se nada fosse) que, como vimos *supra*, exige um comportamento honesto e leal, por parte dos envolvidos nas negociações – sendo inegável que deverá responder pelos danos causados⁴²⁴ ;

- o caso em que uma das partes faz “(...) malograr, negociações que conduziriam normalmente a um resultado positivo”⁴²⁵ – aqui existe uma actuação contrária à boa fé por parte do negociador que se dispensa de actuar de forma leal no processo de formação do negócio ou;

- a situação em que, estando já grande parte do clausulado do contrato se encontra definido, uma das partes o decide alterar subitamente. Aqui, para averiguarmos se estamos na presença de uma verdadeira ruptura ilegítima das negociações, terão de se buscar as razões e fundamentações para súbita alteração, sendo que, ANA PRATA aponta duas

⁴²² V. o parecer de SILVA, João Calvão da; *Negócio...*; ob. cit.; páginas 29 a 75.

⁴²³ MARTINS, António Carvalho; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 80.

⁴²⁴ COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 62 e 63; PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 187 a 189; CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 160 e RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 762.

⁴²⁵ COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 64 e 65.

situações que originarão a indemnização dos danos nos termos do 227º: quando a alteração tenha como objectivo que a contraparte desista do contrato ou, quando se deva à “(...) imponderação ou incúria do negociador a explicar que só nesse momento se tenha apercebido da vantagem de reformular o clausulado contratual”⁴²⁶.

Relevante é também realçar, aqui, a diferença de tratamento de que devem ser alvo as negociações que se estabelecem entre simples particulares e as que decorrem entre particulares e profissionais⁴²⁷, dependendo da situação activa ou passiva destes no âmbito da relação jurídica, a que já fomos fazendo referência *supra*, aquando da análise dos deveres de boa fé. Nas situações em que é o profissional que dá causa à ruptura temos de ter em conta que àquele “(...) cumpre observar particulares cânones de competência e probidade, não exigíveis a um estranho ou leigo”⁴²⁸, ou seja, a confiança que surge do lado do particular, quando contrata com um profissional, é muito mais forte e intensa do que o normal, face à especial situação deste.

Diferentemente, nas situações em que é o particular a dar causa à ruptura, “é bem de ver que um profissional não pode razoavelmente esperar que todos os contactos negociais iniciados com a sua clientela levem a resultados positivos, dado que a condução das negociações faz parte da actividade económica a que se dedica, envolvendo um certo risco, cujas incidências estão previstas e cobertas por «gastos gerais» (...) Portanto, a confiança criada aos profissionais pelas negociações mostra-se normalmente mais reduzida; e a existência de um dano ressarcível será frequentes vezes muito difícil de admitir”⁴²⁹.

Em suma, podemos aferir, na esteira de FERREIRA CUNHA, um dever de não romper as negociações iniciadas sem um motivo forte e válido, na medida em que se foi criando na contraparte uma previsibilidade e expectativa de celebração do negócio em estudo⁴³⁰.

DÁRIO MOURA VICENTE indica também um vasto leque de situações susceptíveis de originar responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações (algumas das quais já analisámos), sendo de destacar aquelas situações em que a retirada das

⁴²⁶ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 74.

⁴²⁷ Estas ideias apenas fazem sentido quando têm em vista profissionais do respectivo ramo de actividade económica.

⁴²⁸ COSTA, Mário Júlio De; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 67.

⁴²⁹ COSTA, Mário Júlio De; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 68.

⁴³⁰ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 152 e 153.

negociações, por parte de uma das partes, constitui um verdadeiro abuso de direito⁴³¹. É que, na maioria das vezes, a ruptura das negociações assume-se como um verdadeiro abuso de direito de não contratar⁴³², isto depois de se terem criado e estabelecido uma expectativa e confiança reforçada na celebração do negócio.

Em suma, e apesar dos casos abstractamente apresentados, somos levados a concluir que só perante a situação concreta poderemos aferir se estamos perante uma verdadeira ruptura das negociações.

B) A culpa

O art. 227º indica expressamente a culpa como pressuposto da responsabilidade pré-contratual – “(...) sob pena de responder pelos danos que *culposamente* causar à outra parte” – o que nos leva a concluir que, em regra, a responsabilidade pré-contratual é subjectiva⁴³³. E dizemos «em regra» (e não «sempre») porque são apontados alguns casos excepcionais de responsabilidade pré-contratual objectiva (art. 483º/2) como sucede com os arts. 899º e 909º⁴³⁴.

No entanto, MENEZES CORDEIRO⁴³⁵ dá conta de algumas decisões dos tribunais, na Alemanha, relativas a situações de ruptura das negociações, em que a culpa do lesante é dispensada. Aliás, o Autor vai ainda mais longe quando afirma que sempre se poderá dizer que “em casos escandalosos de repartição das perdas, causadas pela não conclusão, sem culpa, de um contrato, apenas por uma das partes, é possível conseguir uma distribuição

⁴³¹ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 309 e TELLES; Inocêncio Galvão; *Direito das Obrigações*; página 76.

No mesmo sentido ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-Contratual...*; ob. cit.; páginas 39 e seguintes.

⁴³² Há quem defenda que o instituto do abuso de direito apenas seria susceptível de aplicação às situações em que estejamos perante verdadeiros direitos subjectivos, face à letra do art. 334º.

No entanto, não cremos ser essa a melhor opção. Primeiro porque não consideramos que o argumento literal seja decisivo de *per si*. Além do mais, este é um art. que deve ser analisado e interpretado em termos amplos, com vista à salvaguarda não só dos direitos subjectivos, mas também dos poderes, liberdades ou faculdades.

No entanto, observa ALBUQUERQUE MATOS que “(...) não estando em causa direitos subjectivos, o abuso de direito não se afirmará por violação manifesta dos limites impostos pela boa fé (...) Configurar-se-á então um abuso do direito por violação dos bons costumes”.

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 37 e 38; NOTA 47; CUNHA, Pedro Pitta e Cunha Nunes de; *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*; página 217 a 224; COSTA, Mário Júlio De Almeida; *A Eficácia Externa...*; ob. cit.; página 527

⁴³³ SILVA, João Calvão da; *Negociações Preparatórias de...*; ob. cit.; página 87.

⁴³⁴ ANA PRATA considera que sendo estas normas de carácter excepcional, elas não permitem uma aplicação analógica (art. 11º), sem que no entanto, se devam interpretar extensivamente, nos termos do art. 939º.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 155 e 156.

⁴³⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 553; nota de rodapé 98.

dos danos por ambas, com recurso à cláusula geral do 334º - abuso de direito – que, no seu funcionar, pode *dispensar a culpa*”.

Em nossa opinião, a ideia de que a responsabilidade pré-contratual pode dispensar, em regra, a culpa não faz qualquer sentido no âmbito do OJP, na medida em que a responsabilidade objectiva apenas leva à obrigação de indemnizar nos casos tipificados na lei e, como vimos, a disposição normativa do 227º é clara na exigência de culpa.

Já relativamente à questão que o Autor levanta no que toca à matéria do abuso do direito, não cremos também ser de aceitar. Tal como defende ANA PRATA⁴³⁶, nas situações concretas em que estejamos perante um claro e manifesto abuso de direito apenas temos identificado um dos pressupostos da responsabilidade civil – a ilicitude. A obrigação de indemnizar estará na dependência da verificação dos restantes pressupostos o que leva a Autora a afirmar que “nos casos a que se refere Menezes Cordeiro, aqueles em que o exercício de um direito se apresente como abusivo, não havendo, porém, culpa do respectivo titular, é evidentemente admissível uma sanção do ilícito pré-contratual consubstanciada na preclusão do direito ou na paralisação dos efeitos desse exercício; o que não pode é conceber-se uma sanção indemnizatória, por faltar um dos elementos constitutivos do direito à indemnização”.

Ora, como já referimos, a culpa⁴³⁷ poder consistir em dolo⁴³⁸ (art. 253º) ou em mera culpa⁴³⁹ (negligência) – no entanto, a verdade é que existem algumas excepções previstas nos arts. 956º/2, 957º/1 e 1134º, relativas a contratos gratuitos, em que se exige o dolo para se proceder à responsabilização. Afastada parece, pois, estar a ideia de que seria de exigir, especialmente nas situações de ruptura das negociações, pelo menos, uma negligência bastante grave⁴⁴⁰, como defendiam BENATTI e ADRIANO DE CUPIS⁴⁴¹.

Além do mais, como nota ANA PRATA, nas situações de mera culpa será relevante apreciar a sua escala, na medida em que, nos casos em que estejamos perante danos não

⁴³⁶ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 156 a 158.

⁴³⁷ Para uma análise dos diferentes tipos de dolo e negligência v. ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; páginas 212 e seguintes.

⁴³⁸ “O dolo aparece como modalidade mais grave da culpa, aquela em que a conduta do agente, pela mais estreita identificação estabelecida entre a vontade deste e o facto, se torna mais fortemente censurável”.

VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 569.

⁴³⁹ “Diferente do dolo, em qualquer das suas variantes, é o conceito de mera culpa ou negligência, a qual consiste na omissão da diligência exigível do agente”.

Vnra; página 573.

⁴⁴⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit; página 198.

⁴⁴¹ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 360 e 361.

patrimoniais, o legislador fixa o montante da indemnização⁴⁴² equitativamente⁴⁴³, atendendo às circunstâncias mencionadas no art. 494º (496º/1). Além disso a Autora (que como já referimos perspectiva a responsabilidade pré-contratual como um tipo da responsabilidade contratual), refere a importância daquele escalonamento do grau de culpa no que toca à questão da responsabilidade solidária, na medida em que, “(...) e muito embora não seja pertinente a aplicação do art. 497º, pois que de responsabilidade obrigacional se trata, sempre haverá de determinar a quota da dívida indemnizatória conjunta que a cada um dos devedores cabe, não sendo de excluir que, para tal determinação, haja de se recorrer (também) ao critério da gravidade da culpa de cada um dos responsáveis e consequências danosas delas advindas, como determina o nº 2 do art. 497º”⁴⁴⁴.

Por outras palavras, a Autora, mesmo perspectivando a responsabilidade pré-contratual como um tipo de responsabilidade contratual, aceita a aplicação das normas referidas que se encontram no âmbito da matéria extracontratual.

Apesar disso, como já referimos *supra*, defendemos que especialmente nas situações de ruptura das negociações, cremos estar perante um tipo de responsabilidade extracontratual e, como tal, serão aplicáveis as normas em questão, o que permitirá que a indemnização possa ser inferior ao montante dos danos causados, nos termos dos arts. em causa.

Mas pergunta-se: qual o critério para medir a culpa do lesante?

Esta dever-se-á apreciar nos termos do art. 487/2º, ou seja, na ausência de outro critério previsto na lei, dever-se-á convocar a figura da diligência exigida a um bom pai de família (*bonus pater familias*), em face as circunstâncias do caso. Obviamente importa salientar que esta diligência dependerá sempre das especificidades de cada caso, ainda para mais quando sabemos que, como vimos, os deveres provenientes da boa fé podem assumir, na fase formativa do contrato, diferentes graus.

⁴⁴² “A indemnização, tendo especialmente em conta a situação económica do agente e do lesado, é assim mais uma reparação do que uma compensação, (...)”.

VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 606.

Diferentemente, por exemplo, CRUZ, Paulo Sérgio Da Costa e; *A Concorrência do Risco...*; ob. cit.; página 7.

⁴⁴³ VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Pires de; *Código Civil Anotado*; página 497.

⁴⁴⁴ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 159.

V. também o que já foi dito aquando da análise das diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual e HORSTER, Heinrich Ewald; *A Parte Geral...*; ob. cit.; página 476.

Aliás, como já referimos, situação muitas vezes referida é a que respeita à qualidade dos negociadores: a violação dos deveres provenientes da cláusula de boa fé será mais censurável quando o lesante era um profissional (como já referimos anteriormente, ao profissional é atribuída uma força suplementar em função da sua competência), do que nas situações em que, por exemplo, os negociadores eram dois profissionais ou dois «cidadãos comuns»⁴⁴⁵.

Neste sentido, concordamos com ANA PRATA quando afirma que, para além da qualidade de profissional do autor da lesão, serão ainda critérios de determinação da medida da culpa “(...) independentemente da natureza profissional, a sua experiência e conhecimento do tipo de negócios a realizar”⁴⁴⁶.

Questão que já analisámos *supra*, aquando da análise da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, foi a respeitante à prova da culpa. É que, como vimos, se na responsabilidade contratual a culpa do devedor se presume, nos termos do art. 799º, já na responsabilidade extracontratual cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão (art. 487º/1), salvo existindo presunção legal de culpa.

Numa perspectiva simplista tudo dependeria, pois, da natureza jurídica que atribuíssemos à responsabilidade pré-contratual. Mas não nos podemos ficar por aí. É perfeitamente possível perspectivar a responsabilidade pré-contratual como um tipo de responsabilidade contratual e aplicar-se-lhe normas delituais, a título excepcional, ou vice-versa – tudo dependerá da situação concreta⁴⁴⁷.

A verdade é que a maioria da doutrina, que perspectiva a responsabilidade pré-contratual como um tipo de responsabilidade contratual, defende que se deverá aplicar o art. 799º (e não o art. 487º) já referido. No entanto, já tivemos ocasião para recusar, em regra, esta ideia, pois não nos parece que, perante uma situação de ruptura das negociações, se deva aplicar o regime contratual, mas sim, o extracontratual⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ “(...) porém, certo que a diligência exigível ao contraente profissional é aquela que teria o bom pai de família com idênticas qualificações, o que significa forçosamente um grau de atenção, conhecimento, zelo e ponderação diverso daquele que teria um sujeito inexperiente naquele tipo de negócios e privado das qualificações de que um profissional dispõe”.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 161.

No mesmo sentido, VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; página 272.

⁴⁴⁶ Vnra.

⁴⁴⁷ Já em cima dissemos que, da amplitude do art. 227º, somos levados a retirar uma variedade de situações que cabem naquele preceito e nem todas elas serão semelhantes.

⁴⁴⁸ Vejam-se as considerações adoptadas no primeiro capítulo, aquando da análise da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.

Não vamos problematizar de novo o assunto, na medida que tal já foi feito no primeiro capítulo deste trabalho, aquando da análise da natureza jurídica.

No entanto, importa lembrar os ensinamentos de ALMEIDA COSTA que defende que, presumir a responsabilidade do autor da lesão seria demasiado oneroso para este⁴⁴⁹. É que o Autor da ruptura exerce um direito que lhe é conferido pelos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. A questão é que, por vezes, esse exercício do direito vem a chocar com as expectativas da contraparte, que o art.227º vem a considerar como ilegal, por violação das directrizes da boa fé.

Cremos, em nossa opinião que, em regra, nas situações de ruptura das negociações fará muito mais sentido que seja o lesado a provar a culpa do autor da lesão, nos termos do art.487º.

Por fim, relativamente à matéria da culpa, importa ainda referir que, com a culpa do lesante, poderá concorrer a culpa do lesado⁴⁵⁰ (art. 570º). Tal sucederá quando houver, por parte do lesado, uma omissão “(...) de diligências ao seu alcance e necessárias a fim de bem se esclarecer quanto ao conteúdo do negócio projectado ou na realização imponderada de certas despesas com vista à conclusão do contrato”⁴⁵¹. Nestas situações caberá, ao tr., nos termos da disposição normativa em causa, determinar se a indemnização deverá ser totalmente concedida, reduzida ou até mesmo excluída⁴⁵².

C) Os danos

⁴⁴⁹ COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Direito das Obrigações*; páginas 543 e seguintes.

⁴⁵⁰ Importa dizer que também poderão concorrer a culpa do lesado com o risco do lesante.

A responsabilidade pelo risco (arts. 483/2 e 500º a 510º) emerge da ideia de que “(...) quem retira partido de certa coisa ou de determinada actividade que constitui fontes de potenciais perigos para outrem, deve suportar os devidos encargos”.

Ora a susceptibilidade de a culpa concorrer com o risco nem sempre foi aceite. Basta perspectivar a posição de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA (v. *Código Civil...*; ob. cit.; páginas 517 e seguintes).

No entanto, nos dias de hoje, aquela teoria tem vindo a perder força não só a nível doutrinal (Autores como, por exemplo, Sinde Monteiro, Calvão da Silva e Brandão Proença recusam aquela teoria tradicional), bem como a nível jurisprudencial (atente-se no ac. do STJ de 4 de Outubro de 2007, que se considera ter marcado a alteração da compreensão relativa a esta questão).

Vmd, MIRANDA, Rui Tiago Oliveira; *Concurso do Risco do Lesante com a Culpa do Lesado*; páginas 46 a 49 e CRUZ, Paulo Sérgio Da Costa e; *A Concorrência do Risco...*; ob. cit.; páginas 62 a 64.

⁴⁵¹ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 315 e *Culpa na formação...*; ob. cit.; páginas 267 e 268.

V. ainda COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 58 e GERALDES, Sara; *A Culpa...*; ob. cit.; página 368.

⁴⁵² Para a hipótese de exclusão da indemnização basta pensar nos casos em que o dano se deveu exclusivamente

O art. 227º indica que aquele que não actua segundo as regras da boa fé, na fase formativa dos contratos, deve responder pelos danos que causa – o lesante tem, pois, a obrigação de tornar indemne o lesado. Daqui se pode retirar, como já fomos referindo anteriormente, que o legislador procurou afastar a possibilidade de aplicação de uma acção de cumprimento ou de uma execução específica, isto é, da restituição *in natura*⁴⁵³.

Pergunta-se então: qual a razão desta directiva do legislador?

É que como vimos, na fase em causa, os intervenientes gozam até ao derradeiro momento da assinatura do contrato, a possibilidade de o recusarem, isto é, aquela liberdade negativa de celebração, de que falámos anteriormente, impõe que apenas se possa exigir a indemnização pelos danos causados.

É nesse sentido que se afirma que, por muito mais injusta que se afigure a ruptura das negociações, nunca poderá ser de exigir a celebração do contrato, na medida em que, como já dissemos, o intérprete não se poderá fazer substituir ao lesante, obrigando aquele a celebrar o contrato em discussão.

Isto significa, como já referimos, que numa situação de ruptura das negociações é impossível a restauração *in natura* ou a execução específica⁴⁵⁴, pois estaremos sempre perante “ (...) uma indemnização por equivalente, dirigida ao dano de cálculo ou abstracto, que implica uma avaliação pecuniária”⁴⁵⁵. Destarte, a pessoa obrigada a reparar o dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que o originou (art. 562º). Em suma, e citando OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁵⁶ “(...) a consequência é sempre e só a indemnização dos danos”.

No entanto, MENEZES CORDEIRO defende a possibilidade de indemnização em espécie, nas situações que as se celebra um contrato nulo por vício de forma⁴⁵⁷, onde o tr. emitiria um acordo com semelhante conteúdo.

Não vemos razão para admitir tal possibilidade, na medida em que, como já referimos, a parte que rompe ilegitimamente as negociações encontra-se no seu pleno

⁴⁵³ Reveja-se por exemplo, VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; página 494.

No entanto, veremos *infra* que existem alguns Autores que defendem uma possibilidade contrária.

⁴⁵⁴ Diferentemente sucede, como vimos, por exemplo, quando estamos perante um verdadeiro contrato-promessa, onde será já possível recorrer-se ao instituto da execução específica, previsto no art. 830º.

⁴⁵⁵ COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 73.

V. também SILVA, João Calvão da; *Negociações Preparatórias de...*; ob. cit.; página 88.

⁴⁵⁶ ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil...*; ob. cit.; página 449.

⁴⁵⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 795

direito de não contratar e, em caso algum, poderá o tr. substituir a palavra das partes, aquando de uma ruptura das negociações, por muito mais injusta que seja.

Também ANA PRATA defende que poderá não haver lugar à indemnização quando “(...) a ela obstar impossibilidade material ou jurídica ou se a sua prestação representar para o devedor uma onerosidade de tal forma agravada que deva ser considerada excessiva”⁴⁵⁸.

No entanto, como veremos adiante, a indemnização será na maioria das vezes definida equitativamente pelo tr., o que cremos indicar que nunca estaremos perante as possibilidades indicadas.

Chegados aqui cumpre distinguir entre o interesse contratual negativo, que como indica MOURA VICENTE⁴⁵⁹ é “(...) também designado, aliás, impropriamente, por interesse ou dano da confiança (*Vertrauensinteresse*)” e o interesse contratual positivo ou de cumprimento⁴⁶⁰.

Segundo os ensinamentos de ANTUNES VARELA⁴⁶¹ podemos definir o primeiro como “(...) a perda patrimonial que não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato frustrado ou a vantagem que não alcançou por causa da mesma expectativa gorada” e o segundo como “(...) o benefício que a conclusão do contrato traria à parte prejudicada nas suas expectativas”⁴⁶².

Cumpre dizer que estes conceitos surgiram, logo, na obra de JHERING⁴⁶³, onde este defendia ser apenas aplicável às situações de *culpa in contrahendo* o ressarcimento dos danos pelo interesse contratual negativo que, como sabemos, engloba o lucro cessante e o

⁴⁵⁸ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 190.

⁴⁵⁹ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 318.

⁴⁶⁰ “Trimarchi ensina de forma bastante elucidativa e muito simples a distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo que vale a pena aqui mencionar a título ilustrativo: em havendo que ressarcir os danos oriundos do abortamento de uma negociação relativa a um objecto de valor de 500.000 € (quinhentos mil euros), em que em virtude da negociação o lesado gastou 50.000 € (cinquenta mil euros) em viagens e perdeu a ocasião de vender a outro interessado o mesmo objecto por 600.00 € (seiscentos mil euros), tem-se que a tutela pelo interesse negativo abrange o preço das viagens e a diferença que o lesado perdeu porque deixou de vender o bem para o outro interessado, isto é, 100.000 € (cem mil euros), totalizando 150.000 € (cento e cinquenta mil euros). Ao contrário, o interesse positivo abarcaria o montante de 500.000 (quinhentos mil euros), justamente porque relativo aos termos do contrato malogrado”

Apud CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 182 e 183.

⁴⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 271.

⁴⁶² “(...) abrange todos os danos que o lesado sofreu pelo não cumprimento do contrato, ou pelo seu cumprimento tardio ou defeituoso”.

COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 59.

⁴⁶³ JHERING, Rudolf Von; *Culpa In...*; ob. cit.; páginas 15, 16 e 17.

dano emergente e que poderia, ainda, em certas hipóteses, igualar o interesse contratual positivo.

No entanto, o que aqui importa referir é que o art. 564º fornece-nos a definição de dano emergente (*prejuízo causado*), ou mais detalhadamente, os danos “(...) que resultam de uma actuação voluntária do lesado, aplicando recursos (financeiros ou de outro tipo, incluindo a sai força de trabalho) por ter confiado na celebração de um negócio válido ou eficaz, ou no seu cumprimento”⁴⁶⁴ e de lucro cessante (*benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão*).

Como ressalva ALMEIDA COSTA, diferentemente do que sucede com os danos emergentes, a quantificação relativa aos lucros cessantes pode levantar alguns problemas⁴⁶⁵. Diferentemente, os danos emergentes são muito mais fáceis de quantificar e individualizar, na medida em que se assumem como quantificações concretas.

Mas pergunta-se: numa situação de ruptura das negociações, qual será o *quantum* da indemnização a que o lesado terá direito? É que, no art. 227º, nada foi dito relativamente a isso, o que originou a que surgissem várias opiniões ao nível da doutrina e da própria jurisprudência. Veremos adiante, no capítulo seguinte, a resposta a esta questão.

D) O nexo de causalidade⁴⁶⁶

Tal como em qualquer outro tipo de responsabilidade, nas situações de ruptura das negociações é necessário que exista um nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano, na medida em que, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” (art. 562º).

⁴⁶⁴ PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual...*; ob. cit.; Volume II; página 1071

⁴⁶⁵ “Estes [lucros cessantes] envolvem a consideração das possíveis hipóteses negociais que o sujeito em face de quem se operou a ruptura ilegítima teria aproveitado se não estivesse envolvido naquelas que foram interrompidas, assim como das vantagens que daí lhe adviriam. Tona-se necessário, porém, que se demonstre a existência de outras efectivas possibilidades negociais, não bastando a alegação de abstractas e genéricas ocasiões perdidas ou de danos sofridos puramente conjecturais, sem um mínimo concludente de apoio concreto.”

COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 80.

⁴⁶⁶ “O requisito do nexo de causalidade preenche uma função dupla: limitar (sendo pressuposto) e fundar positivamente (sendo também medida) a indemnização”.

ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 235.

Já nos termos do art. 563º exige-se algo mais ao referido nexos de causalidade – impõe-se que o facto humano seja *conditio sine qua non* do dano, isto é, torna-se necessário que este venha no seguimento do comportamento. No entanto, a verdade é que esta visão das coisas levaria a que situações claramente injustas e chocantes, pois consideraria apto a produzir aquele dano, todo e qualquer comportamento humano que se lhe tenha precedido. É nesse sentido que se fala num «quid» adicional a esta condição, de forma a «conter a responsabilidade dentro de limites razoáveis».⁴⁶⁷

Pergunta-se então: que *quid* é esse? Como o podemos aferir?

Como afirma SINDE MONTEIRO “(...) não basta que, em concreto, uma certa causa tenha sido condição de determinado efeito; para que se possa considerar causa adequada é também necessário que, em abstracto (pela sua natureza geral), se revele apropriada para o produzir (...) [sendo que] a condição (*sine qua non*) não será imputável ao âmbito da responsabilidade do agente quando «segundo a sua natureza geral, era de todo indiferente para o surgir de um tal dano, e só se tornou uma condição dele em resultado de outras circunstâncias extraordinárias (...)»⁴⁶⁸. Por outras palavras, na teoria da causalidade adequada “já não se indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para ver se, em abstracto, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo”⁴⁶⁹.

Nestes termos, o nexos causal será perspectivado nos termos da teoria da causalidade adequada⁴⁷⁰, na medida em que apenas “(...) são indemnizáveis os danos adequadamente ligados por um nexos causal ao facto gerador da responsabilidade”⁴⁷¹. Doutra perspectiva, e citando ANA PRATA, apenas serão indemnizáveis os danos que se liguem com o comportamento pré-contratual “(...) não sendo admissível a reparação de prejuízos que o lesado haja sofrido, em relação aos quais se prove que aquele ilícito não constituía, em abstracto, causa potencialmente idónea, e, em concreto, não tenha representado condição necessária da respectiva ocorrência”⁴⁷².

⁴⁶⁷ ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; páginas 235 e seguintes e MONTEIRO, Sinde; *Rudimentos...*; ob. cit.; página 379.

Vmd, BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda; *Do Nexos de Causalidade ao Nexos de Imputação: Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*; página 77 e seguintes.

⁴⁶⁸ MONTEIRO, Sinde; *Rudimentos...*; ob. cit.; página 380.

⁴⁶⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda; *Do Nexos...*; ob. cit.; página 94.

⁴⁷⁰ VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação...*; ob. cit.; páginas 275 e 332; PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; página 171 e CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 585.

⁴⁷¹ SILVA, João Calvão da; *Negócio e...*; ob. cit.; páginas 73 e 74.

⁴⁷² PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 181.

V - Efeitos da ruptura das negociações

A. Considerações gerais

Referimos já anteriormente, aquando da análise do pressuposto do dano na ruptura das negociações, que caberá ao lesado apenas a indemnização dos danos sofridos, na medida em que o legislador afastou a possibilidade de aplicação de acção específica ou de cumprimento nos casos de responsabilidade pré-contratual.

E isto porque nestas situações, não existe ainda qualquer tipo de vinculação semelhante àquela que existe aquando de um contrato. O que sucede é que o início de verdadeiras negociações leva a que a autonomia privada dos envolvidos seja condicionada pelas exigências de boa fé.

Importa agora lembrar que a responsabilidade pré-contratual prescreve nos termos do art. 498º, de acordo com o número 2 do art. 227º. Como já atrás foi dito, esta foi a única norma em que o legislador adoptou claramente preferência – aqui mandou aplicar àquela uma norma do regime extracontratual. Daqui, como vimos, não se poderá retirar qualquer argumento para tomar uma decisão sobre qual a real natureza da responsabilidade pré-contratual.

Deste modo, não se aplicará ao direito de indemnização decorrente de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações o prazo ordinário da prescrição de vinte anos (art. 309º), mas sim, em regra, o prazo estipulado no art. 498º de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete⁴⁷³.

Para além do mais, e perspectivando as situações de ruptura das negociações como um tipo de responsabilidade extracontratual, como atrás deixámos claro⁴⁷⁴, cremos ser de aplicar também, de acordo com EWALD HORSTER⁴⁷⁵, os arts. 489º⁴⁷⁶ e 494º⁴⁷⁷ do (deste último já tecemos as devidas considerações, aquando da análise do pressuposto da culpa).

⁴⁷³ ANA PRATA indica que a grande dificuldade está em saber se o prazo de prescrição se começa a contar desde o acto ilícito ou do momento em que começam a surgir danos.

Cremos, tal como a Autora, dever o prazo começar a contar apenas no momento em que surgem danos, na medida em que o direito de indemnização serve exactamente para «recuperar» os danos sofridos em face do comportamento ilícito. Além do mais, como já dissemos neste trabalho, caso não existissem danos, não estaríamos perante um tipo de responsabilidade civil.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 196 e 197

⁴⁷⁴ Aquando da análise da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, no primeiro capítulo.

⁴⁷⁵ HORSTER, Heinrich Ewald; *A Parte Geral...*; ob. cit.; página 476.

No entanto, como veremos *infra*, há Autores que acabam por defender que poderá existir uma efectiva celebração do contrato, nas situações em que, estando já todas as cláusulas daquele definido, um dos envolvidos se recusa a contratar (pense-se, por exemplo, num contrato formal). Cremos não fazer sentido defender aqui tal teoria, na medida em que, como já referimos, as partes gozam até ao derradeiro momento da celebração do contrato a possibilidade de o recusarem⁴⁷⁸.

B. A indemnização devida

1. Breves considerações históricas relativas à indemnização nos casos de responsabilidade pré-contratual

Primeiramente importa dizer que, a responsabilidade pré-contratual está historicamente ligada ao interesse contratual negativo, como já tínhamos referido aquando da explanação da teoria de JHERING. Aliás, isso é comprovável pela facto de grande parte da doutrina «tradicional» portuguesa analisar estas duas realidades em conjunto⁴⁷⁹ - ainda na vigência do Cód. de Seabra, MOTA PINTO defendia que a indemnização devia abranger apenas o interesse contratual negativo⁴⁸⁰.

No entanto, como já referimos, aquela perspectiva de JHERING mereceu crítica por parte da doutrina, na medida em que, se criticava a ideia de que a indemnização no interesse contratual negativo exigia como pressuposto a invalidade do contrato e a indemnização do interesse contratual positivo impunha a validade do contrato⁴⁸¹.

À parte desta querela, foi com VAZ SERRA⁴⁸² que começou a defender-se a possibilidade de aplicação a uma situação de responsabilidade pré-contratual da indemnização pelo interesse contratual positivo, mas apenas nas situações em que o

⁴⁷⁶ “Por outro lado, a responsabilidade dos próprios incapazes, quando baseada no art. 227º, não pode dar origem a uma responsabilidade superior àquela com que arcaiam na sua condição de incapazes de participar no tráfico jurídico negocial”.

Vnra.

⁴⁷⁷ Também no sentido de aplicação desta norma às situações de responsabilidade pré-contratual v. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 10, com a ressalva de que a utilização da disposição normativa deve ser sempre fundamentada.

⁴⁷⁸ DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; páginas 558 e 559.

⁴⁷⁹ PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual...*; ob. cit.; Volume II; página 1126.

⁴⁸⁰ NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 229 e 230.

⁴⁸¹ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 182.

⁴⁸² SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz; *Culpa do...*; ob. cit.; páginas 125 e seguintes.

contrato estivesse perfeito. Diferentemente, para as situações de ruptura das negociações considerava que a indemnização deveria cingir-se ao interesse contratual negativo, sendo que a medida dela nunca poderia ser superior ao interesse contratual positivo.

Começava a abrir-se, à época, a porta à possibilidade de a indemnização abranger também o interesse contratual positivo.

A verdade é que grande parte da doutrina continuou a defender (e defende ainda) a ideia que, em regra, aos casos de culpa na formação dos contratos será de aplicar a indemnização pelo interesse contratual negativo, como veremos adiante. No entanto, parece ser de observar que, hoje em dia, as opiniões já não são tão «pacíficas» como foram outrora⁴⁸³.

2. A indemnização dos danos não patrimoniais

O Cód. Civil Português consagrou expressamente no art. 496º o regime respeitante aos danos não patrimoniais⁴⁸⁴. No entanto, apenas aqueles que forem *suficientemente graves* (isto numa perspectiva objectiva⁴⁸⁵) e que *mereçam a tutela do direito* devem ser indemnizados (v. o número 1 daquele preceito).

No entanto sobre a redacção do art. em causa, sempre poderíamos questionar, como ensina MARIA MANUEL VELOSO, se se pretende referir dois requisitos que se devem cumular ou se, por outro lado, se refere ao dano não patrimonial que se visa ressarcir, sendo que, na opinião da Autora, todo e qualquer dano grave deverá merecer a tutela do direito. Por outras palavras, a Autora retira daquele art. apenas um requisito – a gravidade⁴⁸⁶.

⁴⁸³ FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral...*; ob. cit.; páginas 104 e 105.

De referir apenas que o Autor em causa não toma partido por qualquer uma das teorias, pelo menos expressamente.

⁴⁸⁴ Como afirma o Ac. do STJ, de 1-7-2010, “a indemnização por danos não patrimoniais, visa compensar *realmente* o lesado pelo mal causado, donde resulta que o valor da indemnização deve ter um alcance significativo e não ser meramente simbólico, para assim se intentar compensar a lesão sofrida, proporcionando ao ofendido os meios económicos capazes de fazer esquecer, ou pelos menos mitigar, o abalo moral suportado.”

Vmd, MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *Reparação por Danos não Patrimoniais: Inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado (arts.496; n.º3 e 94º do Código Civil)*; páginas 194 e seguintes.

⁴⁸⁵ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 606.

⁴⁸⁶ VELOSO, Maria Manuel; *A Compensação...*; ob. cit.; página 100.

Podemos dizer que os danos morais não são aqueles que afectam directamente o património da pessoa, mas sim os que afectam a sua moralidade, isto é, o seu bom nome ou reputação, a dor sofrida, o esforço, entre outras, isto é, realidades insusceptíveis de serem avaliadas pecuniariamente.

A grande discussão relativamente a estes danos prende-se com a possibilidade de este art., que se encontra na secção da responsabilidade extracontratual, se poder (ou não) aplicar às situações de responsabilidade contratual⁴⁸⁷. Nesse sentido, podemos apontar três teorias: uma que afirma a aplicação exclusiva deste art. às situações extracontratuais⁴⁸⁸; outra que apoia uma posição intermédia⁴⁸⁹ e; por fim, uma que aceita a aplicação desta norma a toda e qualquer situação de responsabilidade civil⁴⁹⁰.

Creemos ser de concordar com a ideia de PINTO MONTEIRO⁴⁹¹ que alega que o art. 496º se deverá aplicar por analogia às situações de responsabilidade contratual. Se se considerar que nas situações em causa não existe uma analogia que se justifique para

⁴⁸⁷ A situação no ordenamento brasileiro é semelhante e lá é pacífico que a indemnização dos danos não patrimoniais se aplique a ambos os tipos de responsabilidade, apesar de a norma respeitante à indemnização daqueles se encontrar no âmbito da responsabilidade extracontratual.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 177.

⁴⁸⁸ Apoiantes desta ideia são ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA que começam por invocar um argumento sistemática – o art. em causa encontra-se expressamente consagrado na matéria da responsabilidade extracontratual. A par disso, alegam que se a norma em causa se aplicasse também às situações de responsabilidade contratual então existira um infundável aumento de pretensões, já para não falar na perigosa susceptibilidade de se “comercializarem os valores morais”.

VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Pires de; *Código Civil...*; ob. cit.; páginas 501 e 502.

Também TEIXEIRA DE SOUSA recusa a aplicação daquele art. às situações de responsabilidade contratual. No entanto, acaba por vir a admitir que aqueles danos podem ser indemnizados em situações «de concurso de imputações».

V. VELOSO, Maria Manuel; *A Compensação...*; ob. cit.; páginas 101 e 102; PEREIRA, Rui Soares; *A Responsabilidade por Danos não Patrimoniais no Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*; páginas 250 e 251 e MONTEIRO, António Pinto; *Cláusula Penal e Indemnização*; páginas 31 a 34; nota (77).

⁴⁸⁹ Defensor desta ideia é, por exemplo, RUI DE ALARCÃO, na medida em que afirma claramente que “(...) a pretensão a uma compensação por danos morais só pode, em princípio, ser feita no terreno delitual”.

ALARCÃO, Rui de; *Direito...*; ob. cit.; página 177.

Outros Autores como RIBEIRO DE FARIA e SINDE MONTEIRO acabam por seguir semelhante posição.

V. VELOSO, Maria Manuel; *A Compensação...*; ob. cit.; páginas 102 e 103 e PEREIRA, Rui Soares; *A Responsabilidade por Danos não Patrimoniais no Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*; páginas 252 e 253.

⁴⁹⁰ SERRA, Adriano Vaz; *Anotação ao Acórdão de 23 de Outubro de 1979, do Supremo Tribunal de Justiça*; páginas 95 e 96.

O Autor considera que estamos na presença de uma norma de carácter geral e, como tal, será susceptível de se aplicar a qualquer tipo de responsabilidade civil.

Também PESSOA JORGE, GALVÃO TELLES e PINTO MONTEIRO são a favor da extensão deste art. às situações de responsabilidade delitual.

V. VELOSO, Maria Manuel; *A Compensação...*; ob. cit.; páginas 104 a 107 e PEREIRA, Rui Soares; *A Responsabilidade por Danos não Patrimoniais no Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*; páginas 253 a 257.

⁴⁹¹ MONTEIRO, António Pinto; *Cláusula...*; ob. cit.; páginas 31 a 34; nota (77).

proceder àquela extensão, como vimos defender ANTUNES VARELA, aquele Autor indica que sempre se poderá retirar da norma em causa um princípio geral do direito.

No entanto, relativamente ao argumento avançado por parte de quem recusa estender a norma ao universo contratual (aumento do número de pretensões), PINTO MONTEIRO distingue entre duas situações: uma quando estamos perante a «*violação ou ofensa a bens de natureza não patrimonial inseridos no quadro contratual*», onde não parecem existir dúvidas da susceptibilidade de aquele dano ser indemnizado, ainda que ocorra na vigência de um contrato e; outra que se refere aos restantes casos em que o Autor acaba por afirmar que “(...) não é de excluir, *in limine*, a indemnização por danos morais, quando a natureza da prestação – que não necessita de ter valor patrimonial (art.398/2º) – contende essencialmente com valores de ordem patrimonial”⁴⁹². O Autor defende que o «travão» mais eficaz para impedir aquele aumento de casos está exactamente na necessidade de tutela direitos não patrimoniais que sejam gravemente lesado e que originem danos graves.

Em nossa opinião, não restam dúvidas de que nas situações de responsabilidade pré-contratual também os danos não patrimoniais devem ser indemnizados⁴⁹³ e isto independentemente de se considerar aquela responsabilidade como contratual, extracontratual ou uma terceira via.

Aliás, actualmente, a maioria da doutrina⁴⁹⁴ considera, como já referimos, que a indemnização dos danos não patrimoniais se aplica indiscriminadamente a ambos os tipos de responsabilidade civil.

3. Quantum indemnizatório

Tal como sucede com a questão da natureza jurídica do instituto da responsabilidade pré-contratual, há na doutrina e jurisprudência⁴⁹⁵ portuguesa divergências relativamente ao valor da indemnização.

⁴⁹² Vnra.

⁴⁹³ MARTINS, António Carvalho; *Responsabilidade...*; ob. cit.; página 98 e 99; CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 173; COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 82 e PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 174.

⁴⁹⁴ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 201.

⁴⁹⁵ V. o Ac. do STJ de 20-03-2012 em que se refere que “os danos indemnizáveis, em sede responsabilidade pré-contratual, por violação dos deveres de informação e esclarecimento, conducentes à outorga de um

Aliás, cremos poder afirmar que, nem ao nível do estudo desta matéria, existem semelhanças, isto porque, há Autores que analisam a questão da indemnização de uma perspectiva da responsabilidade pré-contratual a um nível geral e outros que, face à ampla variedade de situações que se verificar no âmbito do art. 227º, perspectivam cada um dos casos susceptíveis de originar responsabilidade pré-contratual, de forma autónoma e específica.

Podemos, no entanto, dizer que a doutrina maioritária ainda tende a considerar que, nas situações de responsabilidade pré-contratual há lugar, em regra, à indemnização pelo interesse contratual negativo. Neste sentido, depois de termos analisado *supra* a teoria de VAZ SERRA, vejamos então algumas opiniões de outros Autores.

PESSOA JORGE, apesar de reconhecer que a questão dos danos indemnizáveis não é pacífica, defende que, em regra, aqueles deverão corresponder aos danos negativos⁴⁹⁶.

GALVÃO TELLES⁴⁹⁷ defende que apenas serão indemnizáveis os danos negativos, isto é, os *danos que a parte inocente não teria sofrido se o contrato houvesse sido celebrado válida e eficazmente*, na medida em que não podem ser indemnizáveis os danos positivos como acontece na responsabilidade contratual, em regra. No entanto, o Autor aponta um caso excepcional de existência de danos positivos numa situação de culpa na formação dos contratos: a situação em que “(...) uma das partes convence a outra de que o

contrato desvantajoso, abrangem quer o dano da confiança (interesse contratual negativo), quer o dano do cumprimento (interesse contratual positivo).

Já no Ac. do Tr. da Relação de Lisboa de 15-03-2012, este acabou por não dar razão às pretensões da autora da acção que alegava ter direito à indemnização do interesse contratual positivo. O tr., perante uma situação de ruptura das negociações, acabou por referir que a autora apenas teria direito ao dano da confiança: “(...) os danos a indemnizar são os resultantes da respectiva ruptura, e não os do hipotético contrato definitivo. VI - E, ainda assim, em função apenas do interesse contratual negativo e tendo sempre com limite máximo a sanção derivada do incumprimento do contrato promessa em gènesese.”

Por sua vez, no Ac. do STJ de 09-11-2004 afirma-se que “nos casos de responsabilidade pré-contratual ou por culpa in contrahendo, é ressarcível o dano negativo ou de confiança, resultante de lesão do interesse contratual negativo, ou seja, o dano que não teria sido sofrido se não se tivesse entrado em negociações ou se não tivesse sido celebrado o contrato nulo ou anulável (em contraposição ao interesse de cumprimento, aos danos positivos, provenientes da violação de um contrato validamente formado).”

Acabámos por seleccionar três acórdãos que analisam esta temática de diferente maneira: um deles aceita a indemnização do interesse contratual positivo, o outro salienta que a indemnização abrange apenas o interesse contratual negativo e, o que sobra, vai um pouco «mais longe» ao referir que a indemnização, apesar de ser a respeitante ao dano da confiança, terá como limite o interesse contratual positivo.

De referir ainda o Parecer da Procuradoria-Geral da República de 20 de Dezembro de 1979 que indica que “(...) excepcionalmente pode, por força da responsabilidade *in contrahendo*, ser indemnizado o dano positivo e que o dano negativo pode coincidir com o positivo ou até excedê-lo”.

PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 176.

⁴⁹⁶ JORGE, Fernando Pessoa; *A Formação...*; ob. cit.; página 58 e *Direito das Obrigações*; página 167.

⁴⁹⁷ TELLES; Inocêncio Galvão; *Manual Dos Contratos em Geral*; página 207 e *Direito das Obrigações*; páginas 77 e 78.

contrato de compra e venda a celebrar precisa de constar de escritura pública, quando bastaria documento particular, e a outra parte, absolutamente desconhecedora das coisas de direito, suporta, como comprador, as maiorias despesas daí resultantes”. Ao lado desta situação o Autor coloca outra proveniente da doutrina de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA⁴⁹⁸, que consideram que, face às circunstâncias do caso concreto e do valor da equidade⁴⁹⁹, poderá a responsabilidade pré-contratual originar a indemnização dos danos positivos.

ANTUNES VARELA considera que é de exigir a salvaguarda do interesse contratual negativo da parte lesada e que este nunca poderá ultrapassar o limite do interesse contratual positivo⁵⁰⁰.

Já ALMEIDA COSTA⁵⁰¹ defende também, referindo-se às situações de ruptura das negociações, a indemnização do interesse contratual negativo. Para isso argumenta o Autor que, se nas situações de invalidade do contrato (arts. 898º e 908º) o legislador aponta a indemnização do dano da confiança, por maioria de razão o terá de fazer para as situações de ruptura das negociações. Sobre a teoria de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA que consideram, como vimos, que a indemnização pode abranger o interesse contratual positivo quando havia um verdadeiro dever de concluir o contrato, ALMEIDA COSTA afirma que não estaremos, nesta situação, perante um verdadeiro caso de responsabilidade pré-contratual, mas sim perante a violação do dever de contratar – deste modo, segundo o Autor, apenas o dano da confiança será indemnizável nas situações do art. 227º.

ALMEIDA COSTA aborda ainda a questão (controversa também⁵⁰²) de saber se aquela indemnização terá como limite o dano correspondente ao interesse contratual positivo. Para o Autor, são razões de equidade e de justiça que impõem aquela limitação, sendo esta uma solução que se compreende quer da perspectiva do lesado, quer da do lesante. No entanto, o Autor acaba por afirmar que, na maioria das vezes, será o tr. a fixar equitativamente a indemnização, nos termos do art. 566º/3.

⁴⁹⁸ VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Pires de; *Código Civil...*; ob. cit.; página 134.

⁴⁹⁹ Vmd sobre a equidade, ASCENSÃO, José De Oliveira; *O Direito...*; ob. cit.; páginas 245 e seguintes.

⁵⁰⁰ VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações...*; ob. cit.; página 271 e *Código Civil...*; ob. cit.; página 216.

No entanto, na segunda obra referida o Autor considera que, a título excepcional, caso a parte se omita no dever de conclusão do contrato, o lesado pode ver coberto o interesse contratual positivo.

⁵⁰¹ COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; páginas 75 e seguintes.

⁵⁰² Esta matéria não se coloca apenas no OJP – ALMEIDA COSTA realça que, na Alemanha, a doutrina maioritária tende a recusar aquela limitação, ao passo que, na Itália, há uma aceitação entre a maior parte da doutrina daquela ideia.

Vnra; página 83.

EWALD HORSTER⁵⁰³ começa por defender que todos os danos sofridos devem ser indemnizados. Posteriormente acaba por distinguir entre duas situações, caso exista (ou não) contrato – referindo-nos à situação que aqui procuramos estudar, o Autor considera que, caso não se chegue a concluir o contrato, a indemnização terá como limite máximo o interesse contratual positivo.

PAIS DE VASCONCELOS⁵⁰⁴, referindo-se concretamente às situações de ruptura das negociações, e depois de ter afirmado que estas hipóteses de responsabilidade pré-contratual jamais irão dar lugar à execução específica (reparação *in natura*), defende que o lesado terá direito à indemnização pelo interesse contratual negativo.

FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁰⁵ considera que a maioria da doutrina acaba por tomar opção relativamente a esta questão sem se inteirar das circunstâncias concretas de cada um dos tipos de situações que podem estar na origem da responsabilidade pré-contratual. Isto é, o Autor considera que a questão da indemnização deve ter em conta a concreta situação de responsabilidade pré-contratual, o que está na origem da análise autónoma de cada situação.

Assim, o jurista salienta que: no caso dos contratos convalidados (anuláveis, mas que efectivamente não foram anulados), que se mantêm em vigor, deverá a indemnização abranger o interesse contratual positivo; nos casos de contratos anulados, nulos ou ineficazes, “(...) em que se oculta o factor determinante da nulidade ou de ineficácia” dever-se-á ressarcir o dano da confiança.

Mas centremo-nos no caso que procuramos estudar - a situação de ruptura das negociações, em que nenhum contrato se conclui. Nestas situações o Autor alega que o que aqui sucede é “(...) a violação do dever de lealdade no sentido de iniciar ou prosseguir negociações para a formação de um contrato cujos contornos definitivos não estão ainda materialmente acordados”⁵⁰⁶ e, como tal, apenas será exigível o ressarcimento do interesse contratual negativo. O Autor não se fica por aqui, na medida em que parece criticar quem, numa situação de ruptura das negociações, afirme poder a indemnização «ir além» do interesse contratual negativo⁵⁰⁷.

⁵⁰³ HORSTER, Heinrich Ewald; *A Parte Geral...*; ob. cit.; página 474.

⁵⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria...*; ob. cit.; página 494.

⁵⁰⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos...*; ob. cit.; páginas 223 e seguintes.

⁵⁰⁶ Vnra; página 227.

⁵⁰⁷ Vnra; página 231.

MOTA PINTO, por sua vez, afirma que em caso de ruptura das negociações, a indemnização deverá corresponder ao *dano correspondente à lesão da confiança depositada no desenvolvimento das negociações*, sem, no entanto, deixar de afirmar que aquela estará limitada ao interesse no cumprimento do contrato⁵⁰⁸.

CALVÃO DA SILVA, apesar de afirmar já em 1990, na sua obra *A Responsabilidade Civil do Produtor*, que se começava já a atribuir certa relevância ao interesse contratual positivo⁵⁰⁹, continua o Autor a defender que a indemnização *seria confinada ao dano da confiança ou interesse contratual negativo*⁵¹⁰.

BAPTISTA MACHADO referindo-se à responsabilidade pela confiança, considera que deverá ser indemnizado apenas o interesse contratual negativo. No entanto, aceita que em casos excepcionais, poder-se-á exigir a indemnização do interesse positivo⁵¹¹.

CARNEIRO DA FRADA⁵¹² alega que, em caso de ruptura das negociações, os danos a indemnizar serão apenas os negativos, isto é, os prejuízos sofridos em função da confiança na celebração do contrato. No entanto, salienta também que o lesado não poderá ser colocado numa situação mais vantajosa do que aquela que surgiria se o contrato tivesse sido efectivamente celebrado – daí que se deduza que o Autor defende que a indemnização devida terá como limite máximo o interesse contratual positivo.

No mesmo sentido vai OLIVEIRA ASCENSÃO⁵¹³ e DOMINGAS ALEXANDRA GARCIA⁵¹⁴ que considera que a indemnização prevista no art. 227º visa exclusivamente a reparação do interesse contratual negativo sem, no entanto, deixar de afirmar que poderá suceder que o ressarcimento devido seja superior àquele que adviria da indemnização do interesse

⁵⁰⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial...*; ob. cit.; páginas 179 e 180 e, ainda, 216 e 217 e *Teoria Geral...*; ob. cit.; página 127.

O mesmo Autor, relativamente às situações de invalidade dos contratos, considera que o legislador procurou atribuir àquelas situações a indemnização do interesse contratual negativo, na medida em que essa parece ser a *solução mais harmónica com a invalidade dos negócios* e, pelo facto de o art. 898º dar a entender essa solução.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Nulidade do Contrato-promessa de Compra e Venda e Responsabilidade por Culpa na Formação dos Contratos*; páginas 90 e 91.

⁵⁰⁹ SILVA, João Calvão da; *Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 338 e 339; nota de rodapé 3

⁵¹⁰ SILVA, João Calvão da; *Negócio e...*; ob. cit.; página 73 e *Negociações Preparatórias de...*; ob. cit.; página 93.

⁵¹¹ MACHADO, J. Baptista; *Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 368.

⁵¹² FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança...*; ob. cit.; páginas 519 a 521.

⁵¹³ Considera o Autor que “só se reparam os danos de ter havido negociação inútil; não os danos derivados de não ter havido contrato”.

ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil...*; ob. cit.; páginas 449 e 450.

⁵¹⁴ GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade...*; ob. cit.; páginas 83 a 88,

contratual positivo. Ora, nessas situações, por razões de justiça e de proibição do enriquecimento, o lesado terá apenas direito ao interesse contratual positivo.

Também SOUSA RIBEIRO considera que nos casos de ruptura das negociações será indemnizado apenas o interesse contratual negativo, com excepção das situações em que o contrato esteja já totalmente definido, mas em que há uma recusa de uma das partes em celebrar o mesmo⁵¹⁵.

Por sua vez, MENEZES LEITÃO⁵¹⁶ e SOBRAL DO NASCIMENTO⁵¹⁷ defendem que, apesar de a indemnização por ruptura das negociações ter por base o interesse contratual negativo, aquela nunca poderá ter como limite o interesse contratual positivo. Tomando em consideração a perspectiva do segundo Autor, a limitação da indemnização ao interesse contratual negativo surge por questões meramente pragmáticas, na medida em que, apenas conhecendo todo o conteúdo do contrato em negociação se poderia convocar o interesse contratual positivo. Por outras palavras é dizer que, na perspectiva do Autor, numa situação de ruptura das negociações apenas haverá lugar à indemnização do interesse contratual negativo, na medida em que é insusceptível de aferir os termos finais do contrato que se encontrava em negociações.

Para além do mais, diferentemente do que sucedeu no ordenamento jurídico alemão, o Autor considera que o legislador nacional não limitou o dano negativo nas normas respeitantes à obrigação de indemnizar (arts. 562º e seguintes) e no art. 801º/2.

Assim, em suma, segundo os ensinamentos de DÁRIO MOURA VICENTE⁵¹⁸, podemos distinguir duas teorias dentro do quadro de autores que defendem a indemnização do interesse contratual negativo: uma que o limita a indemnização, por razões de equidade, pelo dano ao interesse contratual positivo face à necessidade de não *colocar o lesado numa posição mais vantajosa do que aquela que ocuparia se o contrato em discussão tivesse sido celebrado e cumprido*; e outra, que defende a possibilidade de, em situações

⁵¹⁵ Na opinião do Autor, no caso referido a indemnização deverá corresponder ao interesse contratual positivo.

RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 766 e 767.

⁵¹⁶ LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade...*; ob. cit.; página 69 e, especialmente, *Direito das Obrigações*; páginas 360 e 361.

⁵¹⁷ O Autor considera, no entanto, dois casos (“a celebração de um negócio nulo por vício de forma, quando uma das partes conhecia a causa da invalidade e a recusa extremada em formalizar o negócio já celebrado”) em que, na sua opinião poderá haver lugar à indemnização pelo interesse contratual positivo. No entanto, esses dois casos não se afiguram como verdadeiras situações de ruptura das negociações. NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 251 e seguintes.

⁵¹⁸ VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; página 323.

excepcionais, a indemnização, apesar de ter como base o interesse contratual negativo, poderá superar até o interesse contratual positivo, “(...) quando a culpa causar danos diferentes da perda da prestação contratual (v.g. nos casos em que o lesado teria concluído outro contrato mais favorável), pois que de outro modo não seria reparado um dano que, por culpa da outra parte, foi causado ao lesado”⁵¹⁹.

No entanto, por sua vez, SINDE MONTEIRO⁵²⁰ indica que a ideia de que apenas o interesse contratual negativo seria susceptível de ser indemnizado nas situações de responsabilidade pré-contratual tem vindo a ser abandonada. Nesse sentido, não há razão para recusar a possibilidade de numa situação de responsabilidade pré-contratual ser indemnizado o interesse contratual positivo. A questão a que o Autor não responde é a que se prende com a possibilidade de, como vimos em alguns dos Autores referidos, haver uma limitação da indemnização ao interesse contratual positivo, isto é, se a indemnização pelo dano negativo pode, ou não, superar o interesse contratual positivo.

Diferentemente, outros Autores consideram que não faz sentido continuar a ligar-se a indemnização devida em caso de responsabilidade pré-contratual ao interesse contratual negativo, defendendo que aquela deverá incidir sobre todos os danos sofridos. Vejamos, então, alguns exemplos.

Para JOSÉ ALBERTO VIEIRA⁵²¹ não faz também qualquer sentido continuar a limitar a responsabilidade pré-contratual aos danos negativos, na medida em que tal orientação não encontra guarida, quer no art. 227º, quer em todo o ordenamento português – deste modo, deverá o lesado ser indemnizado de todos os danos sofridos, nos termos gerais do direito.

De forma semelhante, MENEZES CORDEIRO⁵²², na esteira de RUY DE ALBUQUERQUE (que já na vigência do anterior Cód. civil defendia a indemnização de todos os danos sofridos nas situações de responsabilidade pré-contratual), defende que o art. 227º não faz qualquer tipo de limitação à indemnização dos danos, o que originará que, numa situação de ruptura das negociações, devam ser ressarcidos todos os danos que o lesado sofreu. Para tal orientação, o Autor alega que o preceito em causa não faz qualquer tipo de limitação e, como tal, deverão todos os danos ser indemnizados, nos termos gerais. Além do mais

⁵¹⁹ Vnra

⁵²⁰ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; página 9.

⁵²¹ VIEIRA, José Alberto; *Negócio...*; ob. cit.; página 34.

⁵²² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Dolo na Conclusão...*; ob. cit.; páginas 165 e 166 e nota de rodapé (12) e *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 585.

critica a orientação que retira dos arts. 898º e 908º um argumento a favor da tese de que, nas situações de responsabilidade pré-contratual, apenas deverão ser indemnizáveis os danos negativos⁵²³. De forma semelhante, e remetendo para a teoria agora exposta, encontra-se LINO DIAMVUTU⁵²⁴.

Em igual direcção vai MARIANA FONTES DA COSTA⁵²⁵ que invoca, para além do argumento literal do art. 227º (que, como já referimos, não faz referência a qualquer limitação da indemnização), um argumento histórico – o projecto de VAZ SERRA. Além disso, na opinião da Autora, razões de ordem sistemática (o facto de o legislador não ter consagrado expressamente um regime especial para as situações de ruptura das negociações, leva a que se aplique o regime geral) e teleológica (o regime geral previsto não se assume como inadequado para a protecção daquelas situações) vão no mesmo sentido de aplicar à ruptura das negociações, o regime geral que leva a que todos os danos sejam indemnizados.

Também FERREIRA CUNHA⁵²⁶ considera que a indemnização devida em caso de responsabilidade pré-contratual deverá cobrir todos os danos sofridos pelo lesado, nos termos gerais, ainda para mais, quando o art. 227º não faz qualquer restrição. A Autora parece concordar com a opinião de RITA AMARAL CABRAL⁵²⁷ que considera que o *quantum* indemnizatório terá sempre de ser aferido em função do ilícito e do direito violado, e sem qualquer ideia de limitação do interesse contratual negativo.

ANA PRATA⁵²⁸ afirma que a responsabilidade pré-contratual não está restringida à indemnização do interesse contratual negativo. E isto porque, o art. 227º não apresenta qualquer restrição relativamente aos danos. Além disso, a Autora procura afastar os

⁵²³ “Em apoio de uma pretensa limitação da indemnização ao denominado interesse negativo citam-se, por vezes, os arts. 898º e 908º do Cód. Civil. Tais preceitos não conduzem, no entanto, a uma interpretação limitativa. De facto, ao mandarem indemnizar determinados lesados dos danos que eles não teriam sofrido se o contrato nulo ou anulado não tivesse sido celebrado, esses preceitos deixam em aberto a possibilidade de se mostrar que, na falta do contrato inválido, teria havido outro válido. Todos os danos concretos devem, nos termos gerais, ser indemnizados.

Acresce ainda que os preceitos normativos referidos não podem ser transpostos para a «culpa in contrahendo»: eles contemplam apenas a invalidade da compra e venda, enquanto a responsabilidade pré-negocial vai bem mais além”.

CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão...*; ob. cit.; página 166; nota de rodapé (12) e *Da Boa Fé...*; ob. cit.; página 585; nota de rodapé 192.

⁵²⁴ DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança...*; ob. cit.; página 538.

⁵²⁵ COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; páginas 61 a 63.

⁵²⁶ CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual...*; ob. cit.; páginas 193 a 199 (destaque para 197 e seguintes).

⁵²⁷ CABRAL, Rita Amaral; *A Responsabilidade por Prospecto...*; ob. cit.; página 223.

⁵²⁸ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 176 e seguintes.

argumentos apresentados por alguns juristas, que apontam aos arts. 898º e 908º⁵²⁹. Para ANA PRATA, se fosse objectivo do legislador condicionar os danos a reparar nas situações de ruptura das negociações, tê-lo ia consagrado expressamente na letra do preceito, como fez para as disposições normativas referidas.

Desta forma, a Autora considera que deverão ser indemnizáveis todo e qualquer dano sofrido pelo lesado, pondo mesmo em causa a distinção entre o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo⁵³⁰.

EVA SÓNIA MOREIRA⁵³¹ defende também que todos os danos devem ser indemnizados, de forma a colocar o lesado na situação hipotética em que se encontraria caso não fosse o comportamento ilícito. A Autor, numa obra que procura estudar os deveres de informação respeitantes à fase pré-contratual, considera que “evidentemente, estes danos serão diferentes conforme a violação do dever de informação tenha conduzido à celebração de um contrato inválido, à celebração de um contrato válido mas desvantajoso ou em caso de ruptura”

De tudo o que foi dito, em nossa opinião, não vemos razão para recusar, nas situações de responsabilidade pré-contratual, a indemnização de todos os danos sofridos, em regra. Aliás, não vemos razão para que assim não seja. Primeiramente cumpre referir que o art. 227º não faz qualquer limitação da indemnização dos danos e, logo por aí seríamos levados ao regime geral previsto na norma do 562º. Nesse sentido, o lesante é obrigado a reconstituir a situação do lesado que existiria, caso não tivesse sido o comportamento ilícito.

Para além disso, cremos que os argumentos utilizados pelos autores que defendem que a indemnização dever-se-á cingir exclusivamente ao dano negativo não parecem vingar.

Vejamos: quanto à convocação dos arts. 898º e 908º não cremos poder estes servir de argumento – é que aqui estamos perante situações de venda de bens alheios e onerados, diferentemente do que sucede no caso da responsabilidade pré-contratual que vai muito

⁵²⁹ Veja-se *supra* a teoria de ALMEIDA COSTA.

⁵³⁰ “Não se vê, pois, vantagem ou, sequer, fundamento para operar tal distinção [entre danos negativos e danos positivos], pois nem pode por ela, *contra legem*, caracterizar-se o âmbito dos danos indemnizáveis, nem, dado o critério em função do qual foi elaborada, se adequa em todos os casos à explicação ou, sequer, à descrição dos prejuízos que no quadro da responsabilidade *in contrahendo* podem ocorrer e ser reparáveis”. PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; página 178.

⁵³¹ SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação...*; ob. cit.; página 216 e 217.

«mais além» do que aquelas realidades. Além disso, caso fosse propósito do legislador restringir a indemnização devida nas situações do art. 227º tê-lo-ia expressamente definido, como fez nos preceitos referidos.

Também a ideia de que o lesado não pode ser colocado em posição mais vantajosa, poderá, pelo menos em primeira instância, fazer algum sentido, pelo menos da perspectiva do lesante. No entanto, e não esquecendo a existência do instituto geral do enriquecimento sem causa (art. 473º), perguntamo-nos como poderá o lesado deixar de ser indemnizado de danos numa situação de que não teve culpa alguma. Além disso, na maioria das vezes, a indemnização será, fixada equitativamente pelo tr. (art. 566º/3).

Perspectivando a situação de ruptura das negociações cremos que, em regra, a indemnização irá abranger apenas o interesse contratual negativo⁵³², sem no entanto deixarmos de afirmar que, aquela poderá atingir o interesse contratual positivo⁵³³.

Mas todas estas considerações são estabelecidas de uma forma abstracta pois é inegável que a indemnização terá de ter sempre em causa a situação concreta, isto é, o ilícito e o direito violado⁵³⁴. Desta forma, não devemos aqui procurar dar uma resposta definitiva a esta questão, mas sim indicar as diferentes opiniões e argumentos relativos à questão da indemnização.

⁵³² Reveja-se o já referido Ac. do STJ de 18-12-2012.

⁵³³ “8. A responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações preparatórias actua, em princípio, nos limites do interesse negativo, podendo, porém, se tal culpa *in contrahendo* estiver na violação do dever de conclusão de um contrato a responsabilidade em causa tender para a cobertura do interesse positivo” - de acordo com o ac. do STJ de 14-07-2010.

“No entanto, nada impede que o julgador arbitre uma indemnização pelo interesse positivo ou de cumprimento, se o estado avançado das negociações fizer acreditar que, não fosse o seu rompimento ilícito, o resultado teria sido a celebração do contrato”.

COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações...*; ob. cit.; página 63.

⁵³⁴ PRATA, Ana; *Notas sobre...*; ob. cit.; páginas 176 e seguintes.

Conclusão

Primeiramente importa salientar que, ao longo deste trabalho parece-nos ter ficado demonstrado que a base do instituto da responsabilidade pré-contratual é o princípio da boa-fé - é na elasticidade e amplitude deste conceito (indeterminado na sua génese) que vamos buscar os fundamentos para aferir da hipotética responsabilidade pré-contratual. Somos até levados a admitir que o desenvolvimento que a temática da responsabilidade pré-contratual tem sofrido ao longo dos últimos anos, se deve em grande parte a um maior relevo atribuído a valores como o da boa fé que, como sabemos, não assumia semelhante papel de destaque na legislação anterior.

É nesta lógica que referimos que as hipóteses de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações nem sempre foram largamente aceites (veja-se o período do Cód. de Seabra, onde se aceitava já a ideia teoria da *culpa in contrahendo*, como vimos *supra*), muito graças ao predomínio e à força jurídica de que gozavam os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual até então. Porém, o direito foi-se apercebendo da necessidade de proteger a parte não culpada de actuações da contraparte, susceptíveis de lesarem as suas reais expectativas, através da imposição de exigências de lealdade e seriedade.

Assim, chegámos à situação estipulada no art. 227º. Nos casos de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações encontram-se em confronto dois dos princípios fundamentais do direito civil: autonomia privada e liberdade contratual *versus* boa fé em sentido objectivo - se, “por um lado, será inconveniente comprometer, além de uma razoável medida, a liberdade que as partes devem conservar até à definitiva celebração do negócio (...); por outro lado, não será justo deixar sem protecção adequada aquele que, baseado numa conduta concludente da contraparte, confiou na sua probidade e seriedade de intenções”⁵³⁵. Esta dialéctica permanente, leva-nos afirmar que aquilo que se proíbe não é o simples abandonar das negociações, mas antes o abandono das mesmas sem um motivo legítimo, depois de se ter criado na contraparte uma base de confiança e expectativa na celebração de contrato.

Em suma, importa reafirmar que as partes guardam, até ao decisivo momento da celebração do contrato, a possibilidade de recuar nos seus intentos. No entanto, como estão

⁵³⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade Civil...*; ob. cit.; página 70.

já condicionados pelas exigências jurídicas de boa fé, que impõem um comportamento honesto, correcto e leal durante este período, não podem abandonar as negociações apenas por mera opção individual, sem qualquer motivo ou causa legítima. Se uma das partes o fizer, então estará a abusar da sua autonomia privada, incorrendo como tal em responsabilidade pré-contratual, com base nos arts. 227º e 334º. Encontramos, pois, por trás da lógica deste instituto a necessidade de se proteger a expectativa da “parte” que não abandona as negociações e a confiança que esta colocou no previsível desfecho das negociações.

Além do mais, importa recordar que o estudo da ruptura das negociações exigiu que se analisasse com rigor e pormenor o período pré-contratual (especialmente o das negociações), momento em que as partes vêm, como já dissemos, a sua autonomia privada cerceada por considerações de boa fé. Ainda para mais quando existe, nesta fase, um número infindável de instrumentos ao dispor das partes de forma a regular certos pontos do futuro negócio – mecanismos que podem ter uma natureza contratual (pense-se nas figuras já analisadas do contrato-promessa e do pacto de preferência) ou meramente pré-contratual, como as cartas de intenção ou certos acordos estabelecidos no decorrer da fase em análise.

Creemos que as cartas de intenção (que muitas das vezes contêm os acordos salientados) assumem uma enorme relevância em dois sentidos: primeiro, numa perspectiva «interna», permitem às partes um fortalecimento da confiança e uma maior expectativa no que toca ao cumprimento dos deveres de boa fé; já numa perspectiva «externa», podem aqueles instrumentos vir a assumir relevância em termos de prova, em caso de litígio judicial.

Mas, apesar de aquelas negociações decorrerem, em regra, pela actuação de dois sujeitos individualizados – os negociadores -, não deixámos de salientar que a responsabilidade pré-contratual abre porta à possibilidade de alargamento subjectivo daquela figura, de forma a ver certos terceiros responsabilizados, quando a sua conduta viola os valores de boa fé. Deixámos claro que a interpretação teleológica do art.227º tem de ser uma realidade para a ciência jurídica face à necessidade de se proteger o negociador lesado, que vê as suas expectativas lesadas pela actuação de um mero terceiro. Nestas situações, a confiança que o lesado coloca nos esclarecimentos e informações de técnicos ou outros terceiros especializados merece ser tutelada pelo direito.

Mas, do que foi dito também cremos ter ficado provado que nem toda a ruptura das negociações será considerada ilícita. Nestes termos, fundamental é saber quando estamos perante verdadeiras situações de ruptura das negociações, onde importa recordar a temática dos pressupostos desta responsabilidade civil. Nestes casos importa destacar a singularidade da ilicitude se «dividir» em dois pressupostos, como vimos - a *existência de negociações que formaram nas partes uma razoável base de confiança* e uma *ruptura ilegítima das negociações*.

É que quando a ruptura se deve a um motivo válido e justificável, não haverá razões para se convocar o instituto da responsabilidade pré-contratual. Caso contrário, seria diminuir, em demasia, a influência da autonomia privada e da liberdade contratual.

No entanto, concluímos ser impossível definir *à priori* as situações de ilegitimidade das rupturas das negociações, isto apesar de termos fornecido algumas hipóteses teóricas, em que somos levados a admitir que existe uma ruptura sem justa causa.

Por outras palavras: sabemos que a diversidade das situações práticas é enorme, sendo impossível fornecer um critério absoluto para sabermos quando estamos (ou não) perante aquele tipo de situações. No entanto, pensando, por exemplo, em casos onde um dos negociadores entra com o único propósito de prejudicar ou causar danos à contraparte ou acaba por originar danos à contraparte, num negócio que estava, à partida, direccionado a ser bem-sucedido, sempre poderemos ser levados a afirmar estarmos perante situações susceptíveis de darem origem à responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações.

Nestes casos, o lesante é obrigado a indemnizar o dano que a contraparte sofreu face à sua actuação contrária ao princípio da boa fé. Já não será possível a este exigir a execução específica ou a acção de cumprimento, como vimos que alguns Autores defendem.

No entanto, o *quantum* desta indemnização é que tem estado na origem de muitas dúvidas. Assim, como já foi dito, as opiniões divergem entre aquelas que consideram que a indemnização deverá abranger todos os danos; aquelas que defendem que a indemnização deverá abranger apenas o interesse contratual negativo, tendo como limite o interesse do cumprimento e; aquelas que alegam que a indemnização deverá abranger o interesse contratual negativo podendo, no entanto, exceder o interesse contratual positivo.

Em nossa opinião, cremos não haver razões para limitar os danos, pois o art. 227º não prevê qualquer regime especial, sendo que, como tal, consideramos que se deverá aplicar o regime geral. Mas, nas situações de ruptura das negociações, em regra, cremos que apenas será indenizado o interesse contratual negativo, que compreende os lucros cessantes e os danos emergentes. No entanto, não é impossível que em certas situações, a ruptura das negociações acabe por atingir o interesse contratual positivo.

Nas inquietantes matérias relativas à natureza jurídica e à indemnização devida em caso de ruptura ilegítima das negociações cremos não poder definir uma resposta definitiva, de cariz absoluto. A verdade é que os casos de responsabilidade pré-contratual, em geral, e os de ruptura sem justa causa das negociações, em particular, podem assumir uma enorme variedade de situações.

Afirmámos, nesse sentido, que só perante a singularidade do caso poderíamos definir as respostas que procuramos. No entanto, relembramos que tendemos a considerar que, em regra, a ruptura das negociações se aproximará mais de um caso de responsabilidade extracontratual e terá como indemnização o interesse contratual negativo.

Do que já foi exposto, não se deverá retirar a conclusão de que àquelas situações será impossível aplicar-se-lhes normas de responsabilidade contratual (vimos que há autores que defendem a responsabilidade pré-contratual como um caso de responsabilidade contratual a aplicar normas delituais e vice-versa) ou uma indemnização pelo interesse contratual positivo.

Bibliografia

- ABREU, Jorge de/ CUNHA, Tiago Pitta e; *Responsabilidade Civil Pré-Contratual: um caso de ruptura das negociações e a confiança do lesado*; Florida Gráfica; Lisboa; 1999.
- ALARCÃO, Rui de; *Direito das Obrigações*; texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro; Almeno de Sá e J. C. Proença; Coimbra; 1983.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos I – Conceito, Fontes, Formação*; 4ª edição; Almedina; Coimbra; 2008.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; *A Reparação de Danos Morais por Dissolução do Vínculo Conjugal e por Violação de Deveres Pessoais entre Cônjuges*; in Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa; 1ª edição; Universidade Católica Portuguesa; Lisboa; 2002.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de; *Teoria Geral da Relação Jurídica*; Vol. II-facto jurídico em especial do negócio jurídico; 4ª reimpressão; Almedina; Coimbra; 1974.
- ANTUNES, José A. Engrácia; *Direito dos Contratos Comerciais*; Coimbra, Almedina, 2009
- ASCENSÃO, José De Oliveira; *Direito Civil – Teoria Geral*; Volume II: Acções e factos jurídicos; 2ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 2008.
- ASCENSÃO, José De Oliveira; *O Direito – Introdução e Teoria Geral*; 13ª edição refundida; Almedina; Coimbra; 2010.
- ASCENSÃO, José De Oliveira; *Clausulas Contratuais Gerais, Clausulas Abusivas e Boa Fé*; in Revista da Ordem dos Advogados; ano 60; 2000.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda; *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação: Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*; Dissertação de Doutoramento na área de Jurídico- Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra; 2012.
- CABRAL, Rita Amaral; *A Responsabilidade por Prospecto e a Responsabilidade Pré contratual*; Anotação ao acórdão do tr. arbitral de 31 de Março de 1993; in Revista da Ordem dos Advogados; ano 55; Lisboa; 1995.

- CANARIS, Claus-Wilhelm; *Autoria e Participação na Culpa in Contrahendo*; in Revista de Direito e Economia; anos XVI a XIX; 1990 a 1993.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; *Da Boa Fé no Direito Civil*; Almedina; Coimbra; 1984.
- CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito Civil I*; 4ª edição reformulada e actualizada; Almedina; Coimbra; 2012.
- CORDEIRO, António Menezes; *Direito das Obrigações*; I volume; Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; Lisboa; 1980.
- CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão do Negócio, Culpa in Contrahendo*; in O Direito; ano 125; Janeiro/ Junho; 1993.
- COSTA, Mariana Fontes Da; *Ruptura das Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*; Coimbra Editora; Coimbra; 2011.
- COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*; Coimbra Editora; Coimbra; 1994.
- COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Direito das Obrigações*; Almedina; Coimbra; 2009.
- COSTA, Mário Júlio De Almeida; *Intervenções fulcrais da Boa Fé nos Contratos*; in Revista de Legislação e de Jurisprudência; nº 3910 – 3921; 133º ano – 2000 – 2001.
- COSTA, Mário Júlio De Almeida; *A Eficácia Externa das Obrigações. Entendimento da Doutrina Clássica*; in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Studia Iuridica 95; Ad Honorem – 4; Coimbra Editora; Coimbra.
- CRUZ, Paulo Sérgio Da Costa e; *A Concorrência do Risco com a Culpa do Lesado*; Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra; 2012.
- CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações*; Almedina; Coimbra; 2006.
- CUNHA, Pedro Pitta e Cunha Nunes de; *Omissão e Dever de Afir em Direito Civil: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*; Almedina; Coimbra; 1999.
- DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-contratuais*; in Revista da Ordem dos Advogados; ano 71; número 2; 2011.
- ENGISCH, Karl; *Introdução ao pensamento jurídico*; Tradução por J. Baptista Machado; 2ª edição; Fundação Calouste Gulbenkian; 1964.

- FAGGELLA, Gabriele; *I Periodi Precontrattuali e la Responsabilità Precontrattuali*; 2ª edição completamente riveduta e ampliata; Stab. Tip. Società Cartiere Centrali; Roma; 1918.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho; *Teoria Geral do Direito Civil*; Volume II; 5ª edição revista e actualizada; Universidade Catolica Editora; Lisboa; 2010.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da; *A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil*; in *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*; Volume III – Direito das Obrigações; Coimbra Editora; Coimbra; 2007.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da; *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*; Almedina; Coimbra; 2007.
- FRADA; Manuel A. Carneiro da; *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil?*; Almedina; Coimbra; 1997.
- GARCIA, Domingas Alexandra; *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Abusiva das Negociações*; Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas; Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto; Luanda, 2007.
- GERALDES, Sara; *A Culpa do Lesado*; in *o Direito*; ano 141 (2009); II.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira e SOUSA, António Frada de; *Acordos de Honra, Prestações de Cortesia e Contratos*; in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*; 1ª edição; Universidade Católica Portuguesa; Lisboa; 2002.
- GOMES, Orlando; *O Princípio da Boa Fé no Código Civil Português*; in *Jurídica*; nº 116; ano XVII; Janeiro – Março – 1972.
- GONZÁLEZ, José Alberto; *Código Civil Anotado*; Volume I; Quid Juris; Lisboa; 2012.
- HORSTER, Heinrich Ewald; *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*; 5ª reimpressão da edição de 1992; Almedina; Coimbra.
- JHERING, Rudolf Von; *Culpa In Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição*; Tradução e nota introdutória por Paulo Mota Pinto; Almedina; Coimbra; 2008.
- JORGE, Fernando Pessoa; *A formação do contrato à face do novo Código Civil Português*; in *Revista Forense*; Rio de Janeiro; Janeiro- Fevereiro- Março de 1975.
- JORGE, Fernando Pessoa; *Direito das Obrigações*; 1º Volume; Lisboa; 1975/76.

- JÚNIOR, Eduardo Santos; *Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*; in Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal (150º aniversário); Banco de Portugal; Lisboa; 1998.
- JR, Lauro Gama; *Os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*; in <http://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>; consultado a 12-06-2014.
- JUSTO, A. Santos; *Direitos Reais*; 2ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 2010.
- LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das Obrigações*; Volume I; 8ª edição; Almedina; Coimbra; 2009.
- LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Direito das Obrigações*; Volume III – contratos em especial; 7ª edição; Almedina; Coimbra; 2010.
- LEITÃO; Luís Manuel Teles de Menezes; *Negociações e Responsabilidade Pré-contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*; in Revista da Ordem dos Advogados; Ano 60 – 2000; Lisboa
- MACHADO, J. Baptista; *Tutela da Confiança e «Venire contra Factum Proprium»*; in Obra dispersa; Volume I; Scientia Iuridica; Braga; 1991
- MACHADO, J. Baptista; *A Cláusula do Razoável*; in Obra dispersa; Volume I; Scientia Iuridica; Braga; 1991.
- MARTINS, António Carvalho; *Responsabilidade Pré-contratual*; Coimbra Editora; Coimbra; 2002.
- MATOS, Filipe Albuquerque; *Reparação por Danos não Patrimoniais: Inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado (arts.496; nº3 e 94º do Código Civil)*; in Revista de Legislação e Jurisprudência; ano 143; número 3984; Janeiro- Fevereiro 2014.
- MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*; Almedina; Coimbra; 2011.
- MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque; *A Fase Preliminar do Contrato*; in Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977; Volume III – Direito das Obrigações; Coimbra Editora; Coimbra; 2007.
- MAURO, Antonio De/ FORTINGUERRA, Fabio; *La Responsabilità Precontrattuale*; Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM; Padova; 2002.

- MENDES, Armindo Ribeiro; *Os Vícios de Consentimento na Formação do Contrato (Comparação da regulamentação constante dos “Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais” do UNIDROIT com a acolhida no Código Civil Português)*; in Themis; ano I; nº 2; 2000.
- MIRANDA, Rui Tiago Oliveira; *Concurso do Risco do Lesante com a Culpa do Lesado*; Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra; Abril 2013.
- MONTEIRO, António Pinto; *Cláusula Penal e Indemnização*; Almedina; Coimbra; 1990.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Culpa in Contrahendo*; in Cadernos de Justiça Administrativa; nº 42; 2003.
- MONTEIRO, Sinde; *Rudimentos da responsabilidade civil*; in Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Ano II; Coimbra Editora; Coimbra; 2005.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*; Almedina; Coimbra; 1989.
- MORAIS, Fernando de Gravato; *Manual de Locação Financeira*; 2ª edição; Coimbra, Almedina, 2011.
- NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares Do; *A Responsabilidade Pré contratual pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização do Contrato*; in Estudos em Homenagem a Inocêncio Galvão Telles; volume IV; 2003.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de; *O princípio da boa fé como fórmula vazia?*; in Scientia Iuridica; Tomo 56; número 312 (2007).
- PEREIRA, Caio Mario Da Silva; *Idéia de Boa Fé*; in Revista Forense – Outubro de 1937; ano XXXIV.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*; 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto; Coimbra Editora; Coimbra; 2005.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Cessão da Posição Contratual*; Almedina; Coimbra; 1982.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; *A Responsabilidade Pré-negocial pela não Conclusão dos Contratos*; in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; suplemento XIV; Coimbra; 1996.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Nulidade do Contrato-promessa de Compra e Venda e Responsabilidade por Culpa na Formação dos Contratos*; in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*; ano XVII; 1970.
- PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*; Volume I e II; Coimbra Editora; Coimbra; 2008.
- PRATA, Ana; *Notas sobre a Responsabilidade Pré-contratual*; Almedina; Coimbra; 2005.
- RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Responsabilidade Pré-contratual: Breves Anotações sobre a Natureza e o Regime*; in *Boletim da Faculdade de Direito*; *Stvdia Ivridica* 96; Ad Honorem – 4; Coimbra Editora; Coimbra.
- RIBEIRO, Joaquim De Sousa; *Direito dos Contratos – Estudos*; Coimbra Editora; Coimbra; 2004.
- RUBIO, M^o Paz García; *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*; Tecnos; Madrid; 1991.
- SÁ, Almeno de; *Responsabilidade Bancária*; Coimbra Editora; Coimbra; 1998.
- SALVADOR, Manuel Júlio Gonçalves; *A Boa Fé nas Obrigações*; in *Revista dos Tribunais*; Janeiro de 1968.
- SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz; *Culpa do Devedor ou do Agente*; in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*; n^o68; Lisboa; 1957.
- SERRA, Adriano Vaz; *Anotação ao Acórdão de 23 de Outubro de 1979, do Supremo Tribunal de Justiça*; in *Revista de Legislação e Jurisprudência*; ano 113; número 3663 (1980).
- SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz; *Abuso do Direito (em matéria de Responsabilidade Civil)*; in *Boletim do Ministério da Justiça*; ano 85; 1959.
- SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*; Almedina; Coimbra; 2006.
- SILVA, Eva Sónia Moreira Da; *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): O Caso da Indução Negligente em Erro*; Almedina; Coimbra; 2010.
- SILVA, João Calvão da; *Negócio e Formação de Contratos*; in *Estudos de Direito Civil (Pareceres)*; Almedina; Coimbra; 1999.

- SILVA, João Calvão da; *Negociações Preparatórias de Contrato-promessa e Responsabilidade Pré-contratual*; in Estudos de Direito Civil (Pareceres); Almedina; Coimbra; 1999.
- SILVA, João Calvão da; *Sinal e Contrato Promessa*; 13ª edição revista e aumentada; Almedina; Coimbra; 2010.
- SILVA, João Calvão da; *A Publicidade na Formação do Contrato*; in Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977; Volume II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil; Coimbra Editora; Coimbra; 2006.
- SILVA, João Calvão da; *Responsabilidade Civil do Produtor*; Almedina; Coimbra; 1990.
- SILVA, Rui Gomes Da / SILVA, Miguel Medina; *Teoria Geral do Direito Civil – Noções Elementares*; Âncora Editora; Lisboa; 2010.
- SILVA, Manuel Duarte Gomes da / CABRAL, Rita Amaral; *Responsabilidade Pré contratual*; in O Direito; ano 127; 1995.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de; *O Direito Geral de Personalidade*; Coimbra Editora; Coimbra; 1995.
- STIGLITZ, Ruben S./ STIGLITZ, Gabriel A.; *Responsabilidad Precontractual*; Abeledo Perrot; Buenos Aires; 1992.
- TAVARES, José; *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*; Vol. I; Coimbra Editora; Coimbra; 1922.
- TELLES; Inocêncio Galvão; *Direito das Obrigações*; 7ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 2010.
- TELLES; Inocêncio Galvão; *Manual Dos Contratos em Geral*; 4ª edição; refundido e actualizado; Coimbra Editora; Coimbra; 2002.
- VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em Geral*; Volume I; 10ª edição revista e actualizada; Almedina; Coimbra; 2000.
- VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Pires de; *Código Civil Anotado*; Volume I; 4ª edição revista e actualizada; com a colaboração de M. Henrique Mesquita; Coimbra Editora; Coimbra; 1987.
- VASCONCELOS, Pedro Pais; *Teoria Geral do Direito Civil*; 6ª edição; Almedina; Coimbra; 2010.

- VELOSO, Maria Manuel; *A Compensação do Dano Contratual não Patrimonial (em especial no Direito de Autor)*; Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra; 1998.
- VICENTE, Dário Moura; *A Responsabilidade Pré-Contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*; in Estudos em honra de Ruy de Albuquerque; Volume I; Coimbra Editora; Coimbra; 2006.
- VICENTE, Dário Moura; *Culpa na formação dos contratos*; in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977; Coimbra Editora; Coimbra; 2007.
- VICENTE, Dário Moura; *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*; Almedina; Coimbra; 2001.
- VIEIRA, José Alberto; *Negócio Jurídico (Anotação ao Regime do Código Civil)*; Coimbra Editora; Coimbra; 2006.
- WIEACKER, Franz; *História do Direito Privado Moderno*; Tradução de A. M. Botelho Hespanha; 2ª edição revista; Fundação Calouste Gulbenkian; Lisboa

Jurisprudência

Do STJ:

Ac. de 18-12-2012; *in site da DGS*I (Processo 1610/07.0TMSNT.L1.S1).

Ac. de 7-12-2010; *in site da DGS*I (Processo 1375/06.3TBTNV.C1.S1).

Ac. de 1-7-2010; *in site da DGS*I (Processo 398/1999.E1.S1).

Ac. de 20-03-2012 *in site da DGS*I (Processo 1903/06.4TVLSB.L1.S1).

Ac. de 09-11-2004 *in site da DGS*I (Processo 04A3348).

Ac. de 14-07-2010 *in site da DGS*I (Processo 3684/05.0TVLSB.L1.S1).

Ac. de 19-03-2002 *in site da DGS*I (Processo 02A065).

Ac. de 27-09-2012 *in site da DGS*I (Processo 3729/04.0TVLSB.L1.S1).

Ac. de 19-01-1978; *in* CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão do Negócio, Culpa in Contrahendo*; páginas 162 a 164.

Ac. de 6 -12-1978; *in* CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão do Negócio, Culpa in Contrahendo*; páginas 162 a 164.

Ac. de 5-02-1981; *in* CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão do Negócio, Culpa in Contrahendo*; páginas 162 a 164.

Ac. de 14-10-1986; *in* CORDEIRO, António Menezes; *Dolo na Conclusão do Negócio, Culpa in Contrahendo*; páginas 162 a 164.

Dos Tribunais da Relação:

Ac. da Relação de Coimbra de 6-3-2012; *in site da DGS*I (Processo 1209/09.7TBFIG.C1).

Ac. da Relação de Coimbra de 10-07-2013; *in site da DGS*I (Processo 325/06.1TBTBU.C1).

Ac. da Relação de Coimbra de 8-04-2008; *in site da DGS*I (Processo 1162/03.0TBCNT.C1).

Ac. da Relação de Coimbra de 18-01-2011; *in site da DGS*I (Processo 1548/08.4TBGRD.C1).

Ac. da Relação de Évora de 03-03-2010; *in site da DGS*I (Processo 44/07.1TBGDL.E1).

Ac. da Relação de Lisboa de 15-03-2012 *in site da DGS*I (Processo 3683/05.1TVLSB.L1-6).