

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



A DESVINCULAÇÃO NEGOCIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

*A void of the transaction as a consequence of precontractual
liability*

Iara Marisa Silva Campos

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Civil*

Orientadora: Senhora Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa

Coimbra, 2017

“Como a fidelidade ou a coragem, a boa-fé tampouco é uma virtude suficiente ou completa. Ela não substitui a justiça, nem a generosidade, nem o amor. Mas que seria uma justiça de má-fé? Que seriam um amor ou uma generosidade de má-fé? Já não seriam justiça, nem amor, nem generosidade, a não ser que corrompidos à força de hipocrisia, de cegueira, de mentira. Nenhuma virtude é verdadeira, ou não é verdadeiramente virtuosa sem essa virtude de verdade. Virtude sem boa-fé é má-fé, não é virtude.”

André Comte-Sponville, Pequeno Tratado das
Grandes Virtudes

AGRADECIMENTOS

À minha mãe,
a quem tudo devo

Ao Rui,
por estar presente nesta e em todas as etapas da minha vida

À Shauany,
por ser aquela a quem tudo confio

À Andreia e à Beatriz,
de quem as saudades são infindas

À Lili, à Ju, à Tay, à Ana, à Marta
e a todas as que deram um especial encanto a esta cidade

À Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa,
a quem admiro pela excelência do ensino e pelo altruísmo que sempre demonstra

A Coimbra,
por me ter dado aqueles que foram os melhores anos da minha vida

RESUMO

Em tom de epítome, o âmago da presente dissertação assenta no tratamento de um específico grupo de situações que não encontram solução jurídica expressa – as de indução negligente em erro – e na busca de propostas aptas ao mesmo. Trata-se de um aglomerado de casos em que, no período das negociações para a conclusão de um contrato, atuando em desconformidade com o imposto pelo princípio da boa-fé, ocorre a preterição de deveres pré-contratuais de informação, gerando, aparente e simultaneamente, o emprego do regime dos vícios da vontade e do regime da responsabilidade pré-contratual – o que não causaria problemas não fosse o acaso da pretensão de arguição de invalidade do negócio e a exigência de indemnização nos termos da *c.i.c* ser requerida pelo mesmo indivíduo – conduzindo o desfecho de tais situações a uma de duas possíveis opções que comportam questões controversas alvo de investigação no trabalho: por um lado, a improcedência da pretensão da invalidade do negócio através da mobilização dos institutos que tradicionalmente a determinam no seguimento da qual se cumpre saber se será possível a admissão da desvinculação negocial por via da reconstituição natural prevista para o instituto da responsabilidade civil e, por outro, a procedência da invalidação do negócio (mediante uma recolocação do problema no âmbito do regime do erro ou do dolo) e a conseqüente questão de saber se, expirado o prazo de caducidade para a invocação da anulabilidade será possível, à semelhança do já equacionado na hipótese anterior, uma desvinculação negocial por via do instituto da responsabilidade pré-contratual não tendo expirado o prazo de prescrição da mesma. Face às incoerências e antinomias jurídicas que comportaria uma desvinculação indemnizatória é preferível a opção por um regime que sirva à unidade do ordenamento jurídico.

Após a cuidada análise à *vexata quaestio*, afigura-se, aos nossos olhos, como via mais adequada a responder a estas questões cujo núcleo acaba por ser constituído, numa palavra, pela (problemática, mas necessária) compatibilização dos dois regimes, em concreto e dos princípios da liberdade e da autonomia privada inerentes ao negócio jurídico com os demais princípios e valores estruturantes do nosso ordenamento jurídico, em abstrato, a mobilização do regime do dolo em virtude de ser o que melhor cumpre com a harmonização dos interesses em jogo.

Palavras-chave: Indução Negligente em Erro; Vícios da Vontade;
Responsabilidade Pré-contratual; Dolo

ABSTRACT

In summary, our investigation focus on a specific group of cases that have no express legal solution - those of *negligent misleading*. In the following pages, we aim to search for a fair solution to them. These are cases in which, during the period of negotiations of a transaction, against the principle of good faith, it occurs the breach of precontractual duties of information. In such context, it is possible, in theory, to apply the regime of the defects of the will and the regime of precontractual liability. This will lead us to different problems, especially due to the fact that the void of the transaction and the claim for damages are required by the same subject. The underlined note provokes a rich debate in the doctrine. A group of authors defends that, in such hypothesis, we should solve the problem through the discipline of the defects of the will that is reconfigured. Another group of authors proclaims that this solution is not possible, although we could manage a similar outcome applying the regime of *culpa in contrahendo*, which foresees the natural reconstitution as a better remedy for liability. This leads us to a difficult question: to whether, after the end of limitation period for invoking the voidability of transaction, could the subject obtain the untying by the regime of *culpa in contrahendo*, if the prescription period has not ended yet.

After a careful analysis of the *vexata quaestio*, it appears that, in our point of view, the most adequate way to address these affairs, by the (problematic, but necessary) harmonization of the two regimes and of the principles of autonomy inherent to the transaction with the other constituent principles and values of our juridical order, is the mobilization of fraud, as this is the one that best meets the harmonization of the interests at stake

Keywords: Negligent Misleading ; Defects of the will;
Precontractual Liability; Fraud

TÁBUA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art./ Arts.	- Artigo/ Artigos
BFDUC	- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	- Bundesgerichtshof
BMJ	- Boletim do Ministério da Justiça
CC.	- Código Civil
Cfr.	- Confrontar
<i>C.i.c</i>	- Culpa <i>in contrahendo</i>
Cit.	- Citada
Dec.	- Decreto
I.e.	- Isto é
Nº/Nºs	- Número/Números
Nt.	- Nota
Ob.	- Obra (s)
P./PP.	- Página/ Páginas
<i>Passim.</i>	- Por toda a parte
S/Ss	- Seguinte/ Seguintes
V.	- Ver
Vol.	- Volume

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO	10
1.	Formulação do problema	10
2.	Pressupostos de inteligibilidade do problema.....	14
2.1	O Dever Pré-contratual de Informação.....	15
b)	O Dever Pré-contratual de Informação – Breves atinências	16
c)	O Dever de Informação e o Dever de Esclarecimento	17
2.2	O princípio da autonomia privada	23
2.3	O Princípio da Autonomia Privada e o Dever Pré-contratual de Informação.....	24
II.	DO NEGÓCIO JURÍDICO	24
1.	Conceito, elementos e princípios fundamentantes.....	24
2.	Seus planos de projeção	26
3.	Da invalidade do negócio jurídico	26
3.1	Elenco e categorização das hipóteses típicas de invalidade	26
3.2	A declaração negocial.....	27
III.	DOS VÍCIOS DA VONTADE	29
2.	Erro	30
2.1.	Conceito.....	30
2.2.	Categorias do erro.....	31
2.3.	Requisitos para a relevância do erro.....	32
3.	Dolo	34
4.	Interesses tutelados pelo Regime Anulatório previsto para os Vícios da Vontade. .	35
4.1.	Harmonização com os interesses da contraparte e de terceiros.....	36
IV.	REGIME JURÍDICO DAS INVALIDADES	37
1.	Consequências jurídicas dos vícios da vontade	37
2.	Anulabilidade - Nulidade: Cotejo comparativo	39
V.	A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL	40
1.	Breves considerações	40
2.	A Teoria de Jhering.....	42
3.	A atual compreensão da Responsabilidade Pré-Contratual	43
4.	Natureza jurídica da Responsabilidade Pré-contratual	44
4.1.	Teoria Contratualista	45

4.2	Teoria Extracontratual	48
4.3	Tertium Genus	48
5.	Pressupostos da Responsabilidade Pré-Contratual	51
5.1.	Em especial o dano	53
5.2.	Em especial a ilicitude	53
6.	Hipóteses típicas de Culpa in Contrahendo	55
7.	O interesse contratual negativo	56
8.	Interesses na Responsabilidade Pré-contratual vs Interesses na Invalidez	58
8.1.	Estanquicidade na tutela de interesses?	58
VI.	TRATAMENTO DO PROBLEMA	60
1.	Silêncio da nossa lei	60
1.1.	Irrelevância da indução negligente em erro	61
1.2.	Existência de uma lacuna? Como preenche-la?	62
VII.	POSIÇÃO ADOTADA	83
1.	Adoção ao conceito alargado de dolo	83
2.	Dolo vs Responsabilidade Pré-contratual	83
2.1.	Quanto à eficácia em relação a terceiros	84
2.2.	Quanto aos prazos	85
2.3.	Quanto à indução em erro de terceiro	87
2.4.	Quanto à adaptação do contrato	87
2.5.	Quanto à economia processual	89
3.	A opção pelo regime do dolo	89
	CONCLUSÃO	92
	BIBLIOGRAFIA	96

I. INTRODUÇÃO

1. Formulação do problema

O nosso direito civil conta, na sua estrutura, com uma plêiade de princípios fundamentais que o suportam e sedimentam, contribuindo, significativa e indubitavelmente, para a exequibilidade da sua aplicação prática¹. De entre os tão aclamados princípios basilares da lei civilística portuguesa, encontramos o princípio da autonomia privada que, grosso modo, consiste no poder concedido a cada indivíduo de estabelecer os seus interesses e, em conformidade com eles, determinar os vínculos que pretenda criar e encontra-se, com maior ou menor amplitude, em todos os domínios do direito civil ao nível das relações jurídicas².

Não podemos, todavia, agigantar a ideia de liberdade subjacente à mencionada autonomia da vontade e advogar que a mesma vale por si só, legitimando toda e qualquer conduta tida pelas partes integrantes do negócio jurídico, no âmbito do seu exercício. Antes devemos reconhecer a imperiosa necessidade de compatibilização da liberdade contratual de que gozam os contraentes com o respeito (que àqueles e a todos concerne) pelos demais princípios e valores tidos como essenciais aos olhos da nossa ordem jurídica, de entre os quais podemos, a este momento, desvelar o princípio da boa-fé e os deveres que dele decorrem bem como a ideia de confiança em que o mesmo é envolto³⁴.

Exemplo do resultado de uma frutífera tentativa da pretendida harmonização dos

¹ Em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 96 o Autor avança não só com o reconhecimento a estes princípios de um (evidente) “significado lógico-didático”, na medida em que explanam as normas jurídicas civis, mas (sublinhe-se) com a atribuição aos mesmos de um “valor de fundamentos impregnadores do sentido e da função das normas que os acolhem e desenvolvem”. (PINTO C. A., *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005)

² Com mais correção poderá afirmar-se que a autonomia privada figura nos campos em que “o direito civil visa uma função de modelação e disciplina positiva da vida social”, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 104.

³ Neste sentido se pronuncia MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro – Breve Apontamento* in *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra, 2015, p. 314, oferecendo exemplos práticos dessa compatibilização. (BARBOSA, *Problema da Indução Negligente em Erro - Breve Apontamento*, 2015)

⁴ A opção pela menção ao princípio da boa-fé não radica numa concessão, da nossa parte, de uma maior relevância e/ou importância face aos restantes passíveis de serem enumerados, mas antes (e tão-somente) por se tratar daquele que, nos contornos que o presente estudo empossa, mais destaque assume.

princípios e valores em confronto consideramos a realidade de nas situações em que ocorre uma malformação da vontade, esta não se afigurar suficiente para que seja procedente a anulabilidade do negócio jurídico, com base naquela, originado. Do dito se extrai que, no âmbito dos vícios da vontade, a desvinculação negocial se encontra, como sabemos, circunscrita aos diversos institutos que determinam a invalidade do negócio jurídico ou, em casos contados, a inexistência do mesmo. Exprime, o pronunciado, que, por via de regra, unicamente quando se encontrem preenchidos os (mais ou menos) apertados requisitos a que estão subjugadas as figuras de invalidade e inexistência será possível a desvinculação negocial.

Constitui a situação que pretendemos tratar – a indução negligente em erro - um caso em que estamos perante uma perturbação no procedimento da *formação*⁵ da vontade onde, apesar de ser manifesta a *relação normal* de concordância⁶ entre aquela que é a vontade real do declarante e a conduta declarativa, i.e., a declaração propriamente dita, que a exterioriza, a primeira é apoiada em motivos reconhecidos pelo Direito como ilegítimos e apresenta desvios ao que se julga ser o processo *normal e são*⁷ da sua formação. Tal (o erro em que cai o *errans* aquando da formação da sua vontade) sucede em reflexo de um comportamento alheio consubstanciado na preterição dos deveres pré-contratuais de informação que se erguem durante a fase de negociações para a conclusão de um contrato e na qual existe (ainda que mera) culpa.

Brevemente exposta a problemática, urge, aqui chegados, ensaiar possíveis caminhos a trilhar para alcançar uma solução capaz de responder, com bondade e coerência, à problemática em estudo. Imediata e instintivamente se nos avultam duas possibilidades de institutos jurídicos – a *culpa in contrahendo*⁸ e os vícios da vontade – aparentemente aptos

⁵ Diferente será, como teremos oportunidade de mencionar, um vício no processo de formulação da vontade, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*p.458.

⁶ Neste sentido, referindo a *relação normal* por contraposição à *relação patológica* denotada nas situações em que em causa está um vício na formulação da vontade, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p.458.

⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p.459.

⁸ Não existe, na doutrina, consenso no *nomen iuris* a utilizar quando desejamos referir-nos a este tipo de modalidade. Equaciona-se, então, qual o termo que mais adequação e rigor possui. As opiniões divergem e erguem-se vozes em vários sentidos. Sem delongas, veja-se, a este propósito MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 32, onde observamos a crença do autor no maior rigor da expressão *responsabilidade pré-negocial* ao mesmo tempo que alerta para o facto de esta abranger não só a figura dos contratos, mas também dos negócios jurídicos unilaterais e dos quase negócios. Contudo, reconhece, o Autor, a larga preferência pelo termo *responsabilidade pré-contratual* com a justificação (razoável) de que é mais frequente que o instituto em causa incida sobre contratos. Menos tolerância apresenta, o Autor, face ao termo

a assumir o tratamento da mesma.

É de salientar que estamos perante uma factualidade que brota, como ficou clarificado, de uma malformação da vontade pelo que começaremos por equacionar a ausência de tratamento (pelo menos expreso), por parte do legislador, desta matéria em sede do regime dos vícios da vontade. Do silêncio da lei neste sentido permitimo-nos extrair duas colossais ilações (hipotéticas) que, oportunamente compreenderemos: considerar que estamos perante uma lacuna e justificar-se, assim, a não previsão, por parte do legislador, dos casos de indução negligente em erro ou, contrariamente, assumir ser propositada a omissão da disciplina desta figura e, destarte, decidir se entendemos estar a mesma designada à irrelevância jurídico-legal⁹, por força do regime do erro ou assumir que esta situação não foi expressamente redigida pelo legislador por integrar o regime do dolo.

Se viermos a optar pela possibilidade do tratamento da questão se encontrar em sede do regime do erro, reconhecemos encontrar, na origem do leque de situações de indução negligente em erro, um mero erro sobre os motivos que, por ser votado à irrelevância¹⁰, não viabiliza um fundamento à arguição da anulabilidade do negócio¹¹. Todavia, a considerar a enunciada aplicação rigorosa deste regime como a melhor resolução para os casos em apreço, é inevitável colocar a questão de saber se, apesar da impraticabilidade da invalidação

culpa in contrahendo, apoiando-se nos casos de responsabilidade pré-negocial objetiva, independentes de culpa, vocabulário que, neste contexto, defende não ser apropriado. Vide, corroborando o dito, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, nt. 4 da p.302. (COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009) (COSTA, *Responsabilidade Civil pela Rutura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, 1994) Consultar, a este propósito, obras como ANA PRATA, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 24 ss. e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Responsabilidade Pré-negocial pela não Conclusão dos Contratos in* BFUC, suplemento XIV, Coimbra, 1996, pp. 161 e 162. (PINTO C. A., *A responsabilidade Pré-negocial pela não conclusão dos Contratos*, 1996) (PRATA, 2005)

Contrapondo, auxiliados das mencionadas referências bibliográficas, os termos em questão encontramos vantagens e desvantagens inerentes ao uso de cada um deles. Optamos, no presente estudo, por nos distanciarmos da corrente querela terminológica que, em nosso entender, não comporta substanciais consequências já que todas as possíveis denominações refletem e compreendem a mesma realidade jurídica decorrente do 227ºCC. Do exposto, concluímos por empregar indiscriminadamente qualquer uma das expressões ensaiadas, atribuindo-lhes equivalente significado.

⁹ Se assim for estamos perante o que LARENZ tendeu a denominar “*um silêncio eloquente da lei*”, tal como cita EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *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, p. 41. (SILVA E. S., *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): O Caso da Indução Negligente em Erro*, 2010)

¹⁰ Subsiste, entre nós, como veremos, o princípio da irrelevância dos motivos, com expressão legal no 252º n.º 1 CC.

¹¹ Só seria fundamento da anulabilidade se, sendo um mero erro sobre os motivos, tivesse sido reconhecida, por acordo das partes, a essencialidade do mesmo. Sobre estas e outras questões, olharemos, infra, aquando da análise dos requisitos de relevância do erro para fins anulatórios.

do negócio, por ser inquestionável o direito a exigir uma indemnização, nos termos da responsabilidade pré-contratual conjecturada no 227º CC¹², haverá a possibilidade de esta ser traduzida na desvinculação negocial, atentando à circunstância de ser sabido que, ao nível da responsabilidade civil, o primeiro remédio ressarcitório consiste na reconstituição natural¹³. Em vista a responder ao apresentado quesito, abordaremos os aspetos centrais e periféricos do mesmo, expondo e contrapondo asserções e críticas a este referentes, de modo a pronunciarmo-nos, posteriormente, quanto ao acolhimento ou recusa da existência de uma desvinculação indemnizatória aquando da impossibilidade de uma desvinculação anulatória pelo regime do erro.

Não podemos considerar a inicial hipótese preconizada a partir da ideia de existência de uma lacuna na lei sem mais, avulta-se a necessidade de compreender se realmente estamos perante uma ou se existem institutos que (ainda que não expressamente) abranjam diretamente as situações mencionadas, como o regime do dolo, e só caso não se acolha a aplicação direta deste regime a estas situações devemos procurar meios idóneos a colmatar a mesma e, deste modo, procurar atribuir à figura em apreço a relevância jurídica que compreendemos que mereça. Perseguindo o dito escopo, cumpre-nos equacionar, além da *c.i.c.*, dois institutos jurídicos pelos quais passe a sua concretização e prontamente se alçam dois potenciais regimes – o do dolo e o do erro – a conquistar para a indução negligente em erro uma posição vincada no nosso ordenamento, seja mediante uma aplicação analógica do primeiro seja uma correção do regime do segundo.

Examinaremos a bondade de uma solução consolidada no regime do erro sem olvidar que, nos moldes em que o mesmo está delineado, nos conduz, aparentemente, para o reconhecimento de um mero erro sobre os motivos condenado à irrelevância, pelo que a tentativa de sucesso desta proposta terá que, indiscutivelmente, pensar uma correção da disciplina do dito regime¹⁴.

Caso seja de assumir que a assimilação da problemática em estudo tem alicerçada resposta no seio do regime do dolo, problematizaremos (se descartada a hipótese da sua

¹² A prática de uma conduta conducente à verificação de tais acontecimentos constitui, imperativamente, em termos práticos, uma violação dos deveres decorrentes da boa-fé impregnes a este período (nomeadamente, no tocante às situações que pretendemos abordar, o de informação e esclarecimento), o que torna, por conseguinte, justificável chamar aqui o instituto da Responsabilidade Pré-Contratual.

¹³ Tal é, por nós, amplamente, sabido e decorre inclusive da letra do 562º CC.

¹⁴ Isto porque cremos que este regime está pensado para erros espontaneamente criados no psicológico do declarante, sem ingerência de comportamentos alheios. Contudo equacionaremos se poderemos estar sobre um caso atípico de erro.

aplicação direta) a adaptação do mesmo, ou pelo menos a interpretação que dele é possível fazer, de modo a integrar as situações de negligência, i.e., isentas da intencionalidade *tradicionalmente* exigida pela aceção de dolo¹⁵. Ainda que proceda esta visão não podemos desconsiderar as objeções que pode levantar o recurso ao regime da responsabilidade pré-contratual pois pode, ao mesmo, haver lugar, ainda que seja procedente a pretensão de invalidação do negócio jurídico. Referimo-nos, aqui, às situações em que o prazo de caducidade para a invocação da anulabilidade do negócio expirou não tendo expirado o prazo de prescrição da responsabilidade pré-contratual¹⁶.

Repare-se, após o dito, que das possíveis soluções avançadas todas são vazias de simplicidade de aplicação pelo astronómico aglomerado de controvérsias, de maior ou menor extensão, que comportam e, em razão dessa mesma complexidade, sobre elas versam díspares posições doutrinárias e jurisprudenciais não só entre nós, mas também no plano de ordenamentos jurídicos internacionais, como teremos ocasião de, a par com um desenvolvimento relativamente congruente nos pontos nevrálgicos do *thema disputatum*, analisar.

2. Pressupostos de inteligibilidade do problema

Ocupamo-nos, no presente capítulo, a título de nota introdutória ao nosso estudo, da elucidação (ainda que brevíssima, indubitavelmente, pertinente) dos pressupostos estruturantes do problema mencionado. Passa, tal contextualização, pela abordagem a duas estruturadas conceções recorrentes em toda a investigação, nomeadamente o dever pré-contratual de informação e o princípio de autonomia privada.

¹⁵ Afastados da tese da intencionalidade estão os apologistas de um *conceito alargado de dolo*, como apreciaremos, *infra*.

¹⁶ Analisadas *infra*, oportunamente.

2.1 O Dever Pré-contratual de Informação

a) *O Princípio da boa-fé e deveres dele resultantes*

Hospedado no 227ºCC¹⁷, temos o princípio segundo o qual “*quem negocea com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”¹⁸. Da leitura deste preceito se observa um evidente acolhimento do princípio da boa-fé objetiva, basilar alicerce da responsabilidade pré-contratual, que se consubstancia, conforme já sabemos, no estabelecimento de determinados padrões de conduta no decorrer dos preliminares e da formação dos contratos.

Constitui, a boa-fé, um princípio ancestral¹⁹ da ordem jurídica que “*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*”²⁰. Depreendemos, do explanado, que se visa alcançar uma maior proteção das relações jurídicas, salvaguardar a confiança, as legítimas expectativas e os interesses dos contraentes e, concomitantemente, proporcionar uma regular efetivação dos negócios jurídicos.

Considerando toda a multiplicidade de exigências de ordem pública, jurídica, ética, social e económica a que procura obedecer, afigura-se-nos possível qualificar a boa-fé como um princípio imperativo, elementar e vivificador do ordenamento jurídico, em geral e da relação contratual, em particular.

No domínio contratual, a manifestação deste princípio reside no estabelecimento de um critério que pauta um determinado padrão comportamental, conformado, nomeadamente,

¹⁷ Este artigo não esgota a expressão da figura no nosso ordenamento, mas antes se deixa complementar por outros preceitos dispersos como sejam o 229º nº1, o 245º nº2, o 246º e o 898º do nosso CC.

¹⁸ Deve enunciar-se que, mesmo antes da lei portuguesa consagrar a responsabilidade pré-contratual, a doutrina portuguesa já a recebia através das obras de GUILHERME MOREIRA e JOSÉ TAVARES. Sobre estes apontamentos, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, vol.I Introdução. Da constituição das obrigações.*, Almedina, 2010, p. 372. (LEITÃO, 2010)

¹⁹ Apesar de não gozar de consagração expressa, trata-se de um princípio, indubitavelmente, acolhido entre nós.

²⁰ Vide MOTA PINTO *Teoria Geral do Direito... ob.cit.*, pp. 124ss.

por atuações honestas, corretas e leais, abarcadas pelo 227ºCC. Neste preceito assistimos, como tal, a uma manifestação da boa-fé na sua vertente objetiva²¹, na medida em que surge como uma cláusula geral, como um *padrão ou standard jurídico*²², cujo objetivo se prende, por um lado, com a tentativa de não frustrar a confiança e expectativas das partes e, por outro, promover uma maior colaboração entre elas, garantindo uma justiça mais comutativa.

Do já mencionado, é possível extrair que da disposição normativa em questão decorrem inúmeros deveres, ainda que de forma abstrata, sendo um deles – o que nos releva – o abordado *infra*.

Saliente-se, desde já, que no teor do 227ºCC não surgem, atualmente²³, *especificados* os deveres que incumbem às partes, no período de negociações. Esta opção legislativa parece-nos de aplaudir, até porque seria inexequível estabelecer e circunscrever, de antemão, todos os deveres pré-contratuais e respetiva amplitude. Não obstante, são avançados, por vezes doutrinárias, algumas hipóteses de categorias de deveres de conduta decorrentes da boa-fé. Em nossa ótica, podemos aglomerar em três grandes grupos – deveres de proteção, deveres de informação/esclarecimento e deveres de lealdade – a imensidão de deveres pré-contratuais que emergem do período de negociações, para as partes envolvidas.

b) O Dever Pré-contratual de Informação – Breves atinências

No seio de uma *relação obrigacional complexa*²⁴ a obrigação que cabe ao devedor cumprir perante o credor comportará, além do dever de realizar a prestação principal, deveres

²¹ A boa-fé em sentido objetivo afirma-se como um conceito vago e indeterminado que, por isso, constitui “*um princípio normativo e envolve uma cláusula geral (...) em favor de linhas ou critérios gerais de orientação, as quais permitirão chegar à resolução dos problemas jurídicos concretos*” e “*(...) reporta-se a um princípio normativo que exige a valoração da conduta das partes como honesta, correta e leal*”, RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 1983, pp. 90 ss. (ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 1983)

²² Expressão cunhada por PAIS VASCONCELOS: “*A boa-fé surge aqui como portadora de critérios de atuação honesta e honrada, como padrão ou «standard» jurídico*” in *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, pp. 22 ss. (VASCONCELOS, 2010)

²³ Diferente sucedia no anteprojeto de 1957, no qual eram discriminados os deveres específicos que cabiam às partes. A este propósito, MOURA VICENTE, *Culpa na formação dos contratos in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2007, p. 268. (VICENTE, *Culpa na formação dos contratos*, 2007)

²⁴ Reconhece-se, à luz desta expressão que o núcleo do vínculo obrigacional é constituído não só pelo “*binómio direito de crédito-dever de prestar*”, mas também por “*um conjunto de situações jurídicas*” relevantes

de índole secundária que assegurem a completa efetuação da primeira bem como deveres caracterizados como acessórios que miram, por um lado a “*plena satisfação do interesse do credor*”²⁵ e por outro, evitar a ocorrência de danos para ambos os contraentes em virtude da realização da prestação principal. Importa sublinhar que, não obstante prezarem pela boa realização da prestação principal, os deveres acessórios de conduta são dela independentes, na medida em que podem verificar-se “*antes ou após a sua extinção (deveres pré-contratuais e pós-contratuais) e inclusivamente tutelar a situação de terceiros ao contrato*”²⁶.

Neste sentido, é legítimo falarmos em deveres pré-contratuais de informação e, mais, afirmarmos que a relação obrigacional que radica unicamente nestes, como sucede nos vínculos criados durante o período pré-contratual (tal como o nosso caso de estudo) consiste no “*paradigma das relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação*”²⁷.

c) O Dever de Informação e o Dever de Esclarecimento

Ambos os deveres (de informação e de esclarecimento) têm como propósito permitir, às partes, o conhecimento de determinadas informações de cariz nevrálgico para a correta, séria e firme formação do juízo e da vontade. Assume-se, deste modo, como finalidade última dos deveres em apreço, numa palavra, a honesta conclusão do contrato finalidade. Em harmonização com a importância de adotar uma atuação em conformidade com estes deveres, podemos afirmar a exigência de respeito e obediência das partes face àqueles²⁸.

Não obstante o comum objetivo, os deveres de informação e esclarecimento não são confundíveis, mas antes são deveres autónomos, constituídos por um conteúdo próprio e distinto. Destaca-se, como principal dissemelhança, o facto de, por um lado, o dever de

para a primorosa satisfação do interesse do credor. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...ob.cit.*, pp. 123 ss.

²⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...ob.cit.*, p. 123.

²⁶ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...ob.cit.* p. 125.

²⁷ NUNO PINTO OLIVEIRA, *O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação* in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 67. (OLIVEIRA, O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação, 2011)

²⁸ Neste sentido, expondo introdutoriamente o dever pré-contratual de informação, v. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 22 ss.

esclarecimento surgir com a observância espontânea e voluntária do devedor da informação e, por outro, o dever de informação principia-se com o levantamento de questões por parte do credor da informação perante o devedor²⁹. Todavia, no decurso da investigação será usado o termo indiscriminadamente, ora em sentido amplo (abrangendo os dois) ora restrito, consoante a teia em que enrede, com a ressalva de que ao tratarmos a indução negligente em erro, o conceito restringir-se-á, inevitavelmente, ao dever de informação em sentido mais restrito, que analisaremos imediatamente a seguir.

d) O Dever de Informação e os seus pressupostos

Direcionemos a nossa atenção para o dever de informação, com maior expressão, na presente temática e podemos, desde logo, decompô-lo em duas vertentes: positiva e negativa. Prende-se a primeira com a obrigação de fornecer as informações devidas e consideradas essenciais para a elucidada formação da vontade e a última com a não prestação de informações falsas, inexatas e erróneas, suscetíveis de induzir em erro a contraparte e, conseqüentemente, prejudicando a sua clara formação da vontade³⁰.

Ergue-se, no contexto da dimensão positiva do dever de informação, reconhecendo a elasticidade do conceito que temos em mãos, a problemática de saber qual o alcance prático da aplicação deste dever, i.e., saber até onde existe o dever de prestar informações.

MOURA VICENTE avança com três possíveis respostas à controversa questão: “*a admissão de um dever geral de informar ou esclarecer espontaneamente a contraparte nos preliminares do contrato quanto a todos os aspetos relevantes para a sua decisão de contratar; a imposição desse dever tão-só quando ele resulte da lei, de estipulação comercial ou das conceções 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*

²⁹ Vide SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, 1989, pp. 358 e 359. (MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, 1989)

³⁰ V. ANA PRATA, *Notas sobre...ob.cit.*, pp.65 e 66.

*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 necessidade de proteção de uma delas mediante a imposição à outra de um dever de informar*³¹.

Analisando as opções fornecidas pelo Autor, concluímos que irrecusável é o afastamento, desde logo, de um dever que comporte um carácter geral (obrigando à prestação de informações tocantes a todo e qualquer aspeto do contrato bem como de esclarecimentos que nem a parte teria pedido³²) por se demonstrar, de modo absurdo, “*desrazoável e incompatível com as necessidades do tráfego comercial*”³³. Desta feita, em prol de reconhecermos a legitimidade de cada parte possuir interesses divergentes (não fosse esta natural oposição, não haveria contrato) que tentará proteger e prosseguir, parece-nos compatível com a nossa asserção que “*a regra geral será, então, a de que cada parte cuide dos seus próprios interesses, procurando as informações precisas sobre o negócio que vai realizar*”³⁴ – o ónus de autoinformação e só a título excepcional nascerá, da cláusula geral da boa-fé, o dever que implica “*exigir que uma das partes informe a outra*”³⁵ – o dever de hétero-informação.

i) O ónus de autoinformação

Deixámos dito que a cada um cabe cuidar e levar a cabo os seus próprios interesses a fim de atingir aquela que será, a seu ver, a melhor prossecução dos mesmos traduzida na boa formação da vontade negocial àqueles subjacente. Neste sentido, é, pela ordem jurídica, expectável que numa fase de negociações, o declarante procure obter a informação cujo conhecimento possa ter relevância no âmbito do contrato a celebrar, agindo diligentemente,

³¹ MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra; 2001, p. 307. (VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*, 2001)

³² Pronunciando-se sobre esta impraticabilidade, no seio do comércio jurídico, de um dever geral de informação, no período contratual, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...ob.cit.*, pp. 355 ss.

³³ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 23 e 24.

³⁴ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 113. (SILVA E. S., *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*, 2003)

³⁵ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 113.

com uma conduta zelosa. Se não atuar em conformidade com esta diligência e cuidado e, assim, ignorando “*determinadas circunstâncias úteis para a prossecução dos seus interesses*” ou mesmo encontrando-se “*culposamente em erro*” acerca destas, resta-lhe suportar os prejuízos e desvantagens consequentes do seu comportamento³⁶³⁷.

Por esta linha de raciocínio só surgirá, na esfera do declaratório, o dever de informação para com o declarante quando, tendo o último observado o ónus de autoinformação que lhe cumpre (agindo com a diligência que lhe era exigível³⁸) e ainda assim desconhece ou se mantém em erro sobre as circunstâncias relevantes à formação de uma esclarecida vontade negocial. Neste panorama, porque é valorizado o esmero do declarante, a sua ignorância é considerada legítima e bem assim é quando o ónus seja afastado pela verificação de uma das circunstâncias: “*o credor encontra-se impossibilitado de descobrir por si o facto escondido*”; o credor pensa que “*em razão da relação de confiança particular que o une à contraparte (...) esta terá a iniciativa de o informar*”, no que concerne a esta última particularidade de uma especial relação de proximidade entre as partes, lembre-se que a ignorância em que o declarante se encontra pode advir não da omissão de prestação de informação, mas de prestação de uma informação que se revela insuficiente, inexata ou errada – o declarante que confia na veracidade e completude da informação que lhe é fornecida, porque em virtude do princípio da boa-fé o deveria poder fazer, vê, de igual modo o seu ónus afastado³⁹.

Das situações que enunciámos eleva-se, ainda que por motivos diversos, um ponto de contato a todas: a legitimidade da ignorância do declarante – que nos remete para o próximo capítulo.

³⁶ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 25 e 26.

³⁷ Das consequências que origina este comportamento orientado pela falta de brio em prosseguir os seus interesses se depreende estarmos perante um *ónus* e não um *dever jurídico* na medida em que ao não cumprimento do ónus não corresponde, para o declarante, qualquer tipo de sanção, mas tão-só, *in casu*, a uma desvantagem para o próprio.

³⁸ Cremos que o parâmetro criterioso a invocar será o do *bonus paterfamilias* (n.º 2 do 487ºCC), que leva em consideração as circunstâncias abstratas em que se desvela a culpa e as circunstâncias atinentes ao caso concreto, ponderando-as. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 27.

³⁹ Oferecendo exemplos de cada uma das hipóteses faladas, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 27 ss.

ii) O dever de hetero-informação

Constatámos que, em benefício daquele que cumpre o seu ónus de autoinformação ou não o faz em razão de, nos termos a que olhámos, não lhe ser possível ou de confiar não ser necessário, surge, na esfera do declaratório “*o dever de elucidar espontaneamente a outra parte sobre as condições que, de outra forma, permaneceriam ocultas*”⁴⁰. O nascimento deste exige, não cumulativamente⁴¹, o preenchimento de três requisitos – a *essencialidade* da informação, o *desnível informacional* quando revelador de uma especial *necessidade de proteção*⁴² de uma das partes e a *exigibilidade* da mesma, não esquecendo que o dever de informar termina no ponto em que uma parte não tem que preocupar-se com os interesses da outra⁴³⁴⁴.

Não nos delonguemos sobre a extensão que pode ser dada a cada um dos requisitos, mas, olhemos para o quadro geral em que cada um se movimenta. Será *essencial* a informação que, por dotada de extrema relevância tenha pesado decisivamente na decisão de celebrar o contrato, “*no sentido de que o defeito da informação deve ter determinado o consentimento*” do declarante – aqui cabem necessariamente (mas não unicamente) as informações concernentes aos elementos da pessoa do declaratório e do objeto negocial; estaremos perante uma situação típica de *assimetria informacional* quando uma das partes que se contrapõem num contrato tem sobre um determinado ponto menor informação *ao seu dispor* do que a outra – do último nosso itálico podemos estabelecer uma ponte para aquela que nos parece mais correta expressão: *assimetria das capacidades de autoinformação*⁴⁵ que

⁴⁰ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 30.

⁴¹ É possível que, não obstante a falta de um dos pressupostos, o valor extremamente significativo que outro possa assumir no caso concreto despolete, por si só, o surgimento do dever pré-contratual de informação ou, em sentido diverso, um deles pelo peso que assume impeça a prestação de informação, ainda que os outros se verifiquem.

⁴² SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...ob.cit.*, p. 360.

⁴³ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...ob.cit.*, p. 363.

⁴⁴ Elenco de pressupostos apresentado por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 30 a 40 e, da mesma Autora, *Da Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 130 a 143.

⁴⁵ Gabamos, à Autora, a expressão bem colocada, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 34.

logo deixa desvelar o requisito da *necessidade de proteção*⁴⁶⁴⁷ da parte menos informada – sem culpa que lhe possa ser imputada, por ter cumprido o seu ónus de autoinformação (ou confiado na dispensabilidade do seu cumprimento) e finalmente, o critério de exigibilidade vem como que filtrar, considerando valorações concretas de cada situação, as informações sobre as quais, embora, detentoras dos requisitos impostos não deve impender a obrigatoriedade de prestação daquelas sobre as quais efetivamente deve – este filtro é conseguido mediante uma tarefa de análise casuística que chame à colação as circunstâncias específicas que aqui pesem⁴⁸.

Da exigência de verificação dos requisitos explanados (e com destaque para o da exigibilidade) é notória a preocupação, por um lado, em harmonizar os interesses do declarante e do declaratário sem onerar em demasia o último, só lhe sendo imposto que informe a contraparte sobre determinado elemento quando a mesma não o conseguia, por si, descobrir e pesando as circunstâncias que nesse quadro se joguem e, por outro, assegurar o normal funcionamento das regras de mercado económico.

Importa, a título de nota final, articular o conteúdo do 485ºCC com o 227ºCC e compreender do resultado da harmonização dos preceitos que o último se exclui do primeiro, na medida em que é possível exigir, por força deste, o cumprimento do dever de informação mesmo em situações não elencadas no âmbito daquele, sob pena de incorrer na prevista responsabilidade civil pré-contratual⁴⁹. Destarte, não reconhecemos ser exequível estabelecer, *à priori*, quais as situações que obrigam à verificação do dever de informação nem, a obrigar, a amplitude do mesmo. Do exposto, só podemos concluir que é necessário realizar uma análise casuística, considerando as especificidades do caso concreto pois não cremos na aceitação de um dever geral de informação.

⁴⁶ Esta necessidade de proteção há-de ser conhecida ou, pelo menos, cognoscível pelo declaratário, assim explanam EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 36 e 37 e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...ob.cit.*, pp. 360 e 361.

⁴⁷ Neste sentido se adequa o brocardo romano *emptor curiosus esse debet*, segundo o qual “*cabe ao consumidor procurar as informações necessárias, antes de se fazer dele um mais fraco que necessita de ser protegido*”, HEINRICH HÖRSTER, *A Diretiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 Coimbra Editora, Coimbra, 2006*, p. 169. (A Diretiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado in , 2006)

⁴⁸ Há-de tornar a informação inexigível o que consubstanciar, por exemplo, “*deveres de segredo relativos ao negócio, à empresa e à profissão*”, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 38.

⁴⁹ Cfr., a este propósito, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...ob.cit.*, pp. 626 ss. e MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-contratual...ob. cit.*, pp. 270 e 271.

2.2 O princípio da autonomia privada

O direito privado, enquanto ramo do direito encarregue da regulação das relações jurídicas que se estabelecem entre particulares, tem, inevitavelmente, como pano de fundo, dois astronómicos valores que desempenham um nevrálgico papel na sustentação dessas recíprocas relações – a igualdade jurídica e a liberdade jurídica⁵⁰. É indiscutível que a todos os cidadãos é atribuída, por um lado, capacidade jurídica, i.e., aptidão para ser sujeito de quaisquer relações jurídicas e, por outro, competência para o estabelecimento das mesmas (relações) entre si, pelo que na raiz da formação destas tão-somente radica (ou basta radicar) a livre vontade, por parte do sujeito, de as firmar, podendo fazê-lo nos moldes que o seu arbítrio o dite, sem prejuízo de agir em consonância com os limites da lei. Máxima expressão deste exercício de autodeterminação e prossecução dos interesses próprios de cada indivíduo constitui o negócio jurídico, figura jurídica cuja compreensão não é concebível sem prévias abordagens ao princípio da autonomia privada do qual é, inelutavelmente, privilegiada manifestação e, a par, ao princípio da liberdade contratual, indiscutível segmento da autonomia da vontade dos sujeitos.

A tarefa legislativa não se ocupa, como já, vagamente, compreendemos, da regulação de todos os contornos que podem assumir as relações estabelecidas entre os sujeitos de direito privado, mas antes a reencaminha, pelo menos em parte, para o círculo composto pela vontade e pelos interesses dos mesmos, permitindo a conformação dos vínculos jurídicos mediante os quais se conexas sob a égide da autodeterminação de cada um⁵¹.

⁵⁰ Neste sentido, CANARIS, *Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade in* Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 39 ss. (CANARIS, *Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade*, 2006)

⁵¹ A este propósito, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O problema da integração de lacunas contratuais à luz de carácter metodológico – algumas reflexões in* Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 369.

2.3. O Princípio da Autonomia Privada e o Dever Pré-contratual de Informação

Face ao que atrás expusemos relativamente aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual e dos seus corolários e à expressão que os mesmos assumem no cerne desta temática, não seria irrazoável avançar com a constatação de que, num cenário ideal de total liberdade para contratar, será dispensável (senão inexistente) o dever de informação estabelecido entre as partes. Todavia, não descuremos que os princípios mencionados pressupõem a vinculação e articulação de vontades livres e, por isso, esclarecidas e, em prossecução desse fim, torna-se nevrálgica a existência de um dever de informação apto a expurgar quaisquer vícios ou representações erróneas da realidade.

Do dito se extrai, por um lado, uma das funcionalidades dos deveres pré-contratuais de informação decorrentes do princípio da boa fé – permitir o alcance de uma vontade esclarecida e, assim, livre, por forma a honrar o princípio da autonomia da vontade e por outro, a constatação de que desrespeito/violação dos deveres pré-contratuais de informação põe em causa a concretização do princípio da autonomia da vontade e pode originar, por um lado, a invalidade do negócio jurídico, quando haja lugar à aplicação do regime dos vícios da vontade ou, por outro, responsabilidade civil, decorrente do instituto da *culpa in contrahendo*.

II. DO NEGÓCIO JURÍDICO

1. Conceito, elementos e princípios fundamentantes

Ao debruçarmo-nos sobre a Parte Geral do nosso Código (e à semelhança do que ocorre também na *Allgemeiner Teil* do BGB) aferimos que a(s) mesma(s) se sedimenta(m) num aglomerado de pedras conceituais elementares composto pelas noções de *sujeito de direito*, *direito subjetivo*, *negócio jurídico* e de *objeto jurídico*, sendo a integração desta última neste campo motivo de alguma controvérsia⁵². A estruturada sistematização da nossa

⁵² Tendo como pano de fundo uma diretriz assente nas características de generalidade e abstração dos conceitos que animam a Parte Geral do CC é facilmente posta em causa a adequação da inclusão da noção de *objeto de direito* na mesma. Isto por ser dúbio que possua a mencionada *elevação de abstração necessária* em

lei civilística permite a (justificada) localização dos mencionados conceitos na sua Parte Geral uma vez que, tendo presente que o referido espaço se reserva ao acolhimento de preceitos de índole abstrata e generalista, parece inegável que os dogmas e atinências que gravitam em torno destes termos conceituais assumem cunho de relevância, por via de regra, numa multiplicidade de contextos disciplinados pelo Direito Privado⁵³.

Sabido é, como foi dito, que o nosso direito civil conta, na sua estrutura, com uma plêiade de princípios fundamentais que o suportam e consolidam, contribuindo, significativa e indubitavelmente, para a exequibilidade da sua aplicação prática⁵⁴. Ora, acompanhando esta lógica, às noções em assunto subjazem, evidentemente, valores de ordem fundamental dos quais é legítimo destacar, como já o fizemos, pela notória orientação que oferecem ao nosso ordenamento, os princípios da liberdade e da igualdade jurídicas da pessoa. Bebe do teor dos mesmos o princípio da autonomia privada sendo daqueles expressão e concretização em virtude de consistir, grosso modo, no poder concedido a cada indivíduo de estabelecer os seus interesses e de, em conformidade com os mesmos, determinar os vínculos que pretenda criar e encontra-se, com maior ou menor amplitude, em todos os domínios do direito civil ao nível das relações jurídicas⁵⁵. Abre-se espaço para, recolhida a essência dos entendimentos até então formulados, orquestrar a asserção de que mediante a realização de negócios jurídicos se exerce a autodeterminação que a todos cabe e mais acrescentar, intrepidamente, na esteira desta linha de pensamento, que o expoente máximo desta autonomia se centra, inequivocamente, na dita celebração do negócio jurídico.

virtude de, como não negamos, só no âmbito de *áreas parciais* se alcança a sua plena compreensão e sentido. De todo o modo, ainda que sigamos neste raciocínio tal não nos impossibilita de afirmar que, ainda que de forma indireta, o *objeto de direito* encontrará lugar nesta Parte na medida em que, estando intimamente conexionado com o *direito subjetivo* e com o *negócio jurídico*, sempre que sobre estes forem tecidas considerações aquele revestirá parte integrante da equação. V., a este propósito, CANARIS, *Funções da Parte Geral de...ob.cit.*, pp. 38 e 39.

⁵³ Neste sentido, expõe CANARIS que em causa estão “*regimes que, em princípio, valem realmente para todos os quatro livros da codificação, ou mesmo, para além disso, tanto quanto possível, para todo o Direito Privado, e que, portanto, (...) estão situados na pirâmide de conceitos num nível bastante alto*”, CANARIS, *Funções da Parte Geral de...ob.cit.*, p. 38.

⁵⁴ Em PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *A Teoria Geral do...ob.cit.* p. 96 o Autor avança não só com a concessão a estes princípios de um (evidente) “*significado lógico-didático*”, na medida em que explanam as normas jurídicas civis, mas (sublinhe-se) com a atribuição aos mesmos de um “*valor de fundamentos impregnadores do sentido e da função das normas que os acolhem e desenvolvem*”.

⁵⁵ Com mais correção poderá afirmar-se que a autonomia privada figura nos campos em que “*o direito civil visa uma função de modelação e disciplina positiva da vida social*”, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 104.

2. Seus planos de projeção

Do, até então, exposto, afirmamos que aos indivíduos é concedida, pela nossa ordem jurídica, a faculdade de, atuando sob a égide de limites aprioristicamente definidos pela mesma, estabelecerem as relações jurídicas que pretendam e estruturar o conteúdo das mesmas em conformidade com a esclarecida e consciente vontade das partes⁵⁶.

Por traduzir uma figura que comporta a maior expressão de autodeterminação e liberdade individual é imprescindível e, ao mesmo passo, inevitável a regulamentação da mesma no que toca aos respectivos planos de projeção, i.e., existência, validade e eficácia⁵⁷. Destarte se justifica, igualmente, a exigência de verificação de determinados pressupostos e de obediência aos limites extraídos da lei, sob pena de, aos negócios jurídicos, o sistema lhes subtrair validade e eficácia⁵⁸.

3. Da invalidade do negócio jurídico

3.1 Elenco e categorização das hipóteses típicas de invalidade

Atendendo às incomensuráveis proporções da celeuma objeto de estudo não serão (até porque tal, além de injustificadamente custoso, se desvelaria uma tarefa desprovida de resultados, infrutífera) avançadas e estudadas individual e casuisticamente todas as possibilidades oriundas do cotidiano jurídico passíveis de admitir a invalidade do negócio e conseqüente desvinculação do mesmo, mas antes atentaremos a situações-tipo categorizadas.

Para que um negócio jurídico, *rectius* um contrato, goze de validade é necessário que,

⁵⁶ Numa palavra se diga que o negócio jurídico é o mecanismo possibilitador da constituição, modificação ou extinção de vínculos de natureza jurídica.

⁵⁷ Isto porque, sublinhe-se, o ordenamento ao conceder, nestes moldes, sem mais, a celebração de negócios jurídicos estaria a permitir, prévia e abstratamente, relações jurídicas deixadas na totalidade ao livre arbítrio das partes. Reconhecemos que tal poderia despoletar conseqüências catastróficas e mesmo em confronto com os valores da ordem pública.

⁵⁸ Por razões atinentes à economia de espaço, a par de um necessário foco encaminhado para o temavérgico da presente dissertação, não procederemos à exposição, autónoma e exaustiva, de cada um dos planos de projeção do negócio jurídico, mas antes equacionaremos com maior destaque a problemática da (in)validade.

em primeira linha, estejam preenchidos o que designamos por requisitos gerais de validade – capacidade, legitimidade e idoneidade do objeto. Exige-se, paralelamente aos expostos, determinados requisitos específicos de validade e eficácia respeitantes aos elementos do contrato sendo que a reunião destes elementos, só por si, não assegura as mesmas – “*eles constituem o contrato em si, como realidade com existência própria, lançada na vida e distinta das demais realidade*”, mas “*não bastam*”⁵⁹.

Na sequência deste entendimento, no que toca ao primeiro e fundamental elemento do contrato – a declaração negocial – o melhor entendimento não passa por advogar estar em causa, aquando da ausência da mesma, um problema respeitante ao plano da validade do negócio jurídico, isto porque compreendemos a declaração como uma parte não só integrante, mas constitutiva do próprio negócio pelo que a falta daquela conduzirá à não existência deste⁶⁰.

Contornos notoriamente distintos assume a situação em que a declaração negocial existe, contudo comporta, em si, perturbações que, aqui sim, acabam por ter repercussões ao nível da validade do negócio jurídico. Por se tratar de uma temática merecedora de um desenvolvimento tenuemente mais congruente, em virtude de constituir um dos lugares de partida para o *punctum crucis* da presente dissertação, abre-se espaço, no capítulo *infra* ao estudo da mesma.

3.2 A declaração negocial

a) Conceito

Do anteriormente exposto é-nos possível concluir que o elemento declarativo, i.e., a declaração propriamente dita, consiste num pressuposto essencial à produção dos efeitos jurídicos visados pelas partes com a celebração do negócio jurídico. Podemos mesmo ir mais

⁵⁹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Refundido e Atualizado, Coimbra Editora, 2002, p. 72.

⁶⁰ Significa isto dizer que na falta da mesma não é, sequer, possível configurar o negócio jurídico, o que resulta na *inexistência material* deste último. V. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral...ob.cit.*, p. 413. Ainda sobre a *inexistência material*, v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos...ob.cit.*, p. 77.

⁶¹ Recordemos que à *inexistência jurídica* equivale coisa nenhuma, um nada jurídico, isento de quaisquer efeitos ao passo que à *invalidade* pode ainda caber a produção de certos efeitos como os decorrentes do casamento putativo (artigos 1647º e 1648º CC).

longe e afirmar, na linha de MOTA PINTO, que consiste, o *comportamento declarativo*, no elemento que verdadeiramente constitui o negócio jurídico na medida em que, não raras as vezes, ainda que na presença de um “*dissídio entre a vontade real e declaração prevalece, quase sem restrições, o elemento declarativo*”⁶².

Entendemos, antes, a declaração negocial como *um elemento verdadeiramente integrante do negócio jurídico*. Consiste, a mesma, num comportamento externo mediante o qual é exteriorizada a vontade interior do declarante⁶³, vontade esta que se espera ter sido (e maioria das vezes é) fruto de um processo formativo conformado com a realidade, isento de anomalias e que, nesse sentido, se encontre em consonância com a produção de determinados efeitos jurídicos decorrentes do objetivamente manifestado na declaração (e, assim a ser, interiormente pretendido pelo declarante)⁶⁴.

Do exposto é possível discernir os dois elementos que ocupam o núcleo da declaração negocial – a declaração propriamente dita e a vontade real – sendo o primeiro o elemento externo que nada mais é senão o comportamento declarativo que mencionámos e o segundo que, por sua vez, envergando uma componente interna radica na *realidade volitiva*⁶⁵ e pode, ainda que seja “*em si um bloco unitário*”⁶⁶ assumir as vestes de *vontade de ação*, de *vontade da declaração* ou de *vontade negocial*⁶⁷.

b) Perturbações

Num quadro pacífico os elementos referidos encontram-se alinhados e manifestam, assim, uma concordância que atesta a “*autodeterminação de efeitos jurídicos*” pelo declarante⁶⁸, é observável coincidência entre o conteúdo volitivo manifestado mediante a

⁶² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 379.

⁶³ Também denominada como *vontade real, efetiva, psicológica*, conforme observamos na leitura CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 414.

⁶⁴ MOTA PINTO avança um conceito estruturado e de índole objetivista segundo o qual considera a declaração um “*comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial, caracterizando, depois, a vontade negocial como a intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes*”, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 414.

⁶⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 419.

⁶⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos...ob.cit.*, p. 75.

⁶⁷ Para desenvolvimento deste tópico, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, pp. 419 a 241.

⁶⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 458.

declaração e a vontade real – o que sucede na maioria das vezes – nenhum problema se ergue e o negócio jurídico, cumprindo a sua função de realização da autonomia privada dos contraentes, produz os efeitos que, pelos mesmos, lhe foram atribuídos. Todavia, nem sempre assim o é. Quando o conteúdo expresso objetivamente na declaração propriamente dita não coincide com a vontade real do declarante e, por isso, não é dela refletor, estamos perante uma divergência entre o *pretendido* pelo autor da declaração e o que efetivamente foi, por este, *declarado*, ou aquilo a que chamamos um *vício na formulação da vontade*⁶⁹ que pode ter ocorrido intencional ou não intencionalmente.

É relevante elencar, ainda que em tom brevíssimo, os casos em que esta patologia se manifesta e em que termos, nos mesmos, podem ou não decorrer espelhadas consequências concernentes à invalidade do negócio que padece da exposta divergência.

Quando os elementos constitutivos da declaração negocial não apresentam coincidência entre si e isto sucede de modo intencional, o declarante tem consciência, no momento em que emite a declaração, de que a mesma não expressa a sua vontade psicológica. Neste panorama, encaixam três hipóteses de situações em que assim é – *simulação, reserva mental e declarações não sérias*⁷⁰ – ainda que captadas em moldes distintos. Por outro lado, três outras situações existem em que se verifica uma divergência entre o que é *querido* e o *declarado*, mas não ocorre intencionalmente – *erro-obstáculo ou na declaração, falta de consciência da declaração e coação física*⁷¹.

III. DOS VÍCIOS DA VONTADE

1. Breves considerações

Ficou dito, anteriormente, que o elemento verdadeiramente constitutivo do negócio jurídico pode apresentar perturbações ou anomalias.

Alertámos já para as situações em que a mesma carece da normal (e expectável)

⁶⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 457.

⁷⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 460.

⁷¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 461.

concordância entre o conteúdo volitivo do declarante e aquilo que se encontra objetivamente reproduzido na declaração.

Importa, presentemente, abrir espaço à análise de um outro aglomerado de hipóteses em que, não obstante verificar-se (contrariamente ao, até agora, exposto) uma fiel correspondência entre o elemento interno e externo da declaração emitida pelo declarante, existe um vício na formação do primeiro e, concomitantemente, uma patologia na declaração. A perturbação que aqui se trata localiza-se num momento anterior à *formulação* da vontade – o da *formação* da mesma, onde esta se constrói assente em “*motivos anómalos e valorados, pelo direito, como ilegítimos*” e por isso afastada de um processo formativo “*jugado normal e são*”⁷². Falamos, neste panorama, em vícios da vontade, sendo autonomizados, à luz do nosso ordenamento, o *erro-vício*, o *dolo*, a *coação moral*, a *incapacidade acidental* e o *estado de necessidade*⁷³, sendo o nosso estudo orientado num confronto comparativo entre os regimes dos dois primeiros.

2. Erro

2.1. Conceito

Denominamos por erro “*uma convicção falsa a respeito dos factos ou do direito existente no momento da conclusão do contrato*”⁷⁴ e, com ligeiro acréscimo de rigor, por erro-vício⁷⁵ a “*representação inexata ou a ignorância de uma qualquer circunstância de facto ou de direito*”⁷⁶ que foi determinante na decisão de efetuar o negócio”⁷⁷ de modo que,

⁷² Vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, pp. 498 e 499.

⁷³ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 499.

⁷⁴ Definição oferecida pelo artigo 3.4 dos PRINCÍPIOS UNIDROIT.

⁷⁵ Importa, desde já, destrinçar a figura do *erro enquanto vício* da que traduz um *erro na declaração* na medida em que o primeiro reflete, como claramente evidencia a respetiva denominação, um erro no processo formativo da vontade ao passo que o segundo ocorre num momento temporalmente distinto (e posterior), o da *formulação* da vontade. Quer isto dizer que o erro-vício ou erro-motivo (como, em razão de residir nos motivos determinantes da vontade, é apelidado no seio doutrinário alemão) constitui, não uma divergência entre o desejado (vontade) e o declarado (declaração) mas antes numa divergência “entre a vontade real (coincidente com a declaração) e uma certa vontade hipotética (a vontade que se teria tido, se não fosse a representação inexata)”. V. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 505.

⁷⁶ No nosso ordenamento não releva a circunstância de em causa estar um *erro de facto* ou um *erro de direito* sendo, por isso, em ambas as situações aplicável o regime geral do erro. V., a este propósito PAULO MOTA PINTO, *Falta e vícios da vontade – O Código Civil e os regimes mais recentes in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, 2006*, pp. 473 ss. (PINTO P. M., *Falta e vícios da vontade – O Código Civil e os regimes mais recentes*, 2006)

⁷⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 504.

na ausência da mesma (i.e., conhecendo e compreendendo com clareza, o declaratório, os contornos de tal circunstância) não haveria lugar à celebração do negócio jurídico ou, havendo, esta não decorreria nos moldes em que decorreu – trata-se do que podemos designar de “*uma perturbação endógena do processo de formação da vontade do declarante*”⁷⁸, i.e., a vontade que (com anomalia se formou) seria outra ou diversa (vontade hipotética) se a pessoa “*tivesse tido acesso aos elementos representativos da realidade, tal como ela realmente é*”⁷⁹.

2.2. Categorias do erro

Podemos autonomizar três categorias do erro, nomeadamente, *erro sobre a pessoa do declaratório, erro sobre o objeto do negócio e erro sobre os motivos* não respeitantes a nenhuma das duas ou, melhor se leia, sobre *outros motivos*⁸⁰. Repare-se, no entanto, que esta tripartição tem vindo a ser, tanto pelos PECL como pelos Princípios UNIDROIT⁸¹, desconsiderada no que concerne ao regime jurídico que as disciplina e, neste sentido, vem sido advogada uma equiparação do regime dos diversos tipos de erro independentemente dos elementos e motivos sobre os quais recaiam em prol da relevância de chamar à colação a essencialidade que, no caso concreto, assume o motivo em que incide o erro. Significa isto que, em detrimento da atribuição de especial importância de um determinado motivo pelo simples facto de integrar uma das categorias tipificadas, se afigura de maior interesse analisar de forma casuística o impacto do mesmo na decisão de celebrar o negócio – é desprezada “*uma delimitação em abstrato de certos motivos relevantes, para se bastarem com a essencialidade concreta do motivo em causa*”⁸².

Contudo, entre nós⁸³, está bem viva esta tripartida distinção e decorre do regime do

⁷⁸ Expressão atribuída por NUNO PINTO OLIVEIRA em *Dogma da tipicidade...ob.cit.*, p. 68.

⁷⁹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 94.

⁸⁰ Neste sentido, veja-se, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, pp. 505 e 506.

⁸¹ PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina 2003, pp. 62 e 63. (PINTO P. M., *Requisitos de Relevância do Erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português*, 2003)

⁸² Remate de PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, p. 63.

⁸³ A visão tripartida das categorias do erro tem raízes entre nós, lembre-se que vinha já estipulada nos 660º, 661º e 662º do Código de Seabra (apesar de não constar do Projeto que lhe antecedeu). Também,

erro estipulado pelos 251º, 252º e 247º por remissão do primeiro, do qual logo se retiram duas modalidades de erro no que toca a “*motivos determinantes da vontade*” – erro sobre a pessoa do declaratário e erro sobre objeto do negócio, *a contrario sensu* uma terceira modalidade se extrai - erro sobre os motivos não respeitantes a nenhuma delas, erro sobre outros motivos e bem ainda uma quarta respeitante ao erro sobre a base do negócio.

2.3.Requisitos para a relevância do erro⁸⁴

A categorização a que aludimos tem os olhos fitos no propósito de a diferentes situações, leia-se *motivos erróneos*⁸⁵, fazer corresponder diferentes regimes jurídicos.

Vigora, entre nós, o princípio da irrelevância dos motivos sobre os quais o declarante cai em erro tal como se extrai da leitura, *a contrario*. Significa isto que, via de regra, ainda que com peso significativo nas razões determinativas da vontade de contratar, um erro sobre qualquer um desses motivos não gera, *per si*, o direito a arguir a anulabilidade do negócio nele fundado⁸⁶. Quanto a este rudimento não se levantam vozes discordantes, a celeuma inicia-se com a determinação dos critérios para aferir da relevância dos motivos em erro para fins anulatórios.

Em tecido jurídico nacional, a tendência é a irrelevância de qualquer erro que radique em motivos não integrantes da tipologia que avançamos.

a) *Perante um erro sobre a pessoa do declaratário ou o objeto do negócio*

Nos termos do 247º CC (para o qual remete o 251º CC), o requisito exigível para que lhe seja reconhecida relevância prende-se com a circunstância de o declaratário conhecer ou

entre ordenamentos como o italiano e o francês se adota esta perspetiva, sobre este ponto vide PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, p. 62 nt. 54.

⁸⁴ Para um desenvolvimento mais congruente e detalhado, enriquecido com os regimes de ordenamentos estrangeiros, v., *passim*, PAULO MOTA PINTO, *Falta e Vícios da Vontade ...* pp. 476 ss.

⁸⁵ Expressão retirada de PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, p. 61.

⁸⁶ Neste sentido citando FERRER CORREIRA, “*atribuir influência a todo o vício (...) é fazer pouco caso dos legítimos interesses do destinatário da declaração*”, em PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, p. 68.

não dever ignorar “a essencialidade para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”, deste excerto do artigo se compreende que o imposto pelo legislador não é o conhecimento ou a cognoscibilidade, por parte do declaratário, do erro, mas antes de que este é essencial aos olhos do declarante. Ora, disto, aparenta que, nestas hipóteses de motivos erróneos, apenas é exigível o reconhecimento da *essencialidade do erro*. Cabe-nos, aqui, fazer um reparo que RUI DE ALARCÃO⁸⁷ teve o cuidado de sublinhar, “*não basta a essencialidade do erro*” sob pena de “desproteger inadmissivelmente” os demais interesses em jogo pelo que se exija que o “o declaratário conheça ou deva conhecer o valor de pressuposto essencial atribuído pelo errante ao elemento ou circunstância sobre que versou o erro”. Ainda assim, a medida protecionista do jurista não satisfaz em pleno, aos olhos de autores como CARLOS MOTA PINTO, as necessidades de segurança e certeza nas trocas a que há lugar no comércio jurídico e por isso um dos fundamentos subjacentes à existência destes requisitos de relevância do erro – a compatibilização dos interesses do declarante com os do declaratário e terceiros/comércio jurídico – falha redondamente por não atingir “o ponto retamente exigível”⁸⁸ deste equilíbrio. Tal só seria possível, para este Autor, exigindo o conhecimento ou a cognoscibilidade do erro, o que, para o Autor do Anteprojeto “seria ir longe demais”⁸⁹.

Um outro requisito – o da *desculpabilidade do erro* – ergueu, antes do Código de 1966, algumas vozes para sua discussão. Hoje, do que dissecámos, não se coloca a questão de saber se a nossa lei exige que o erro no qual se funda a celebração do contrato seja desculpável para efeitos de anulação do mesmo – não exige⁹⁰.

As opiniões dos doutrinadores a par das soluções de ordenamentos estrangeiros⁹² vão em sentidos distintos e com fundamentos, também assim, diversos. Certo é, não descurando a pertinência do estudo das arquitetadas argumentativas de cada um, a discussão deve

⁸⁷ RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coação, representação, condição e objeto negocial*, in BMJ N.º 138, 1964, p. 87. (ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coação, representação, condição e objeto negocial*, 1964)

⁸⁸ A observação é de MOTA PINTO e é-nos dada a conhecer por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 97, nt. 234.

⁸⁹ V. RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto...ob.cit.*, p. 87.

⁹⁰ Já não exigia no Anteprojeto, RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto...ob.cit.*, pp. 88 ss.

⁹¹ Sobre o tema, PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, pp. 81 ss., onde apresenta, o Autor, argumentos de várias ordens a fim de justificar a ausência de exigibilidade de em causa estar um erro desculpável.

⁹² PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, *passim*.

guardar-se no plano de *iuri constituendo* uma vez que de *iuri constituto* não nos fornece, a lei, dúvidas dos requisitos a validar para atribuir ao declarante a possibilidade de anular o contrato fundado no erro.

b) *Perante um erro sobre outros motivos*

Para que, à luz do consagrado no nosso ordenamento, seja possível o recurso à anulabilidade do negócio com fundamento neste tipo de erro é necessário que as partes tenham “reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo” conforme decorre da letra do 252º, n.º 1 CC sendo que “*nada obsta ao eventual carácter tácito*”⁹³ desse acordo.

c) *Perante o erro sobre a base negocial*⁹⁴

Os requisitos exigíveis para este tipo de erro são definidos nos mesmos moldes que o são para o regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias que se encontra plasmado no 437º (para o qual somos remetidos *ex vi* do 252º, n.º 2 CC).

3. Dolo

Reconhecemos, comumente, como *dolo* o erro causado por uma conduta assumida pela contraparte que remeta a qualquer *sugestão ou artifício* que seja utilizado com *a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro* o declarante ou quando haja lugar à *dissimulação, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante*⁹⁵.

Decorre da própria noção a diferenciação entre duas das tradicionais modalidades do dolo – *dolo positivo ou comissivo* (quando em causa está a indução ou manutenção em erro) e o *dolo negativo ou omissivo*⁹⁶ (nas situações em que, *existindo*, por parte do declaratário,

⁹³ RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto...ob.cit.*, p. 93.

⁹⁴ Acerca deste regime PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, pp. 120 ss.

⁹⁵ Esta é a definição apresentada pelo nosso Código Civil no n.º 1 do seu artigo 253º.

⁹⁶ Em tempos também intitulado, por um lado (pelos doutrinadores) de *reticência e dolo de consciência* e por outro (pela lei) de *má fé*. V. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral do...ob.cit.*, p. 523.

um dever de elucidação e esclarecimento para com o declarante este não é cumprido⁹⁷). Importa destringer *dolus bonus* de *dolus malus* – o primeiro respeitará às, pelo legislador, consideradas sugestões ou artifícios *usuais*⁹⁸ e, em virtude de, às mesmas, não ser atribuída a nota de ilicitude, só os comportamentos que consubstanciem um *dolus malus* (as sugestões ou artifícios dotados de intencionalidade e consciência) relevam enquanto motivo de invocação da anulabilidade do negócio jurídico, por um lado e fundamento para ser exercido o direito à responsabilidade civil que daí possa resultar, por outro.

Do conceito que nos fornece o 253º é legítimo inferir que compreendemos o dolo como um tipo qualificado de erro pois, embora detenha um regime jurídico autonomizado do erro não podemos descurar que na sua base radica um erro do declarante. Contudo esta autonomia de tratamento é perfeitamente apercetível na medida em que aquele erro é fruto de uma conduta (intencional ou consciente) do declaratório traduzida numa “*verdadeira interferência com o bem jurídico da «autodeterminação jurídico-negocial»*”⁹⁹

4. Interesses tutelados pelo Regime Anulatório previsto para os Vícios da Vontade.

Quando procuramos conhecer e compreender a *ratio* atinente ao regime das invalidades do negócio jurídico encontramos na mesma uma preocupação em proteger o *império da voluntas*¹⁰⁰, salvaguardando, primordialmente, a liberdade de decisão negocial. Mas será tão linear assim? Ora, num cenário hodierno onde vigora já não uma corrente de pensamento balizada pelo mercado individualismo, mas antes uma compreensão da liberdade individual pautada pela inevitável presença de um sentido de autorresponsabilidade, é impraticável que o princípio da autonomia da vontade opere por si só e *ultra modum*.

Destarte, defender que os regimes anulatórios que preveem como consequência a

⁹⁷ Abrigados no teor do n.º 2 do 253º consideramos que este dever decorre da *lei*, de *estipulação negocial* ou de *conceções dominantes no comércio jurídico*. Importa, a propósito do nosso *thema disputatum*, notificar que dos deveres decorrentes do princípio da boa fé pode brotar a imposição de deveres de prestar informações e esclarecer o declarante como teremos oportunidade de, *infra*, apreciar.

⁹⁸ Prefere-se, na visão da lei vigente, o recurso à característica da *usualidade* e é desconsiderado o critério da generalidade e vaguidade, RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto...ob.cit.*, p. 95.

⁹⁹ PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, p. 46.

¹⁰⁰ Expressão cunhada por MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, p. 314.

invalidade *somente* se apoiam em razões concernentes à proteção da liberdade negocial do lesado é, atrevemo-nos a dizer, descabido. Se assim fosse significaria que ao lesado sempre seria concedida, num cenário absurdamente voluntarista, a possibilidade de, verificada uma *divergência entre a vontade real e a vontade hipotética*¹⁰¹ – um vício da vontade – anular, sem mais, o contrato estabelecido. Ora assim não é, especialmente nas situações que adotamos a título de exemplo, pois é sabido que quando o declaratório celebra um contrato com o declarante e o faz assente numa representação inexata da realidade tal não basta, *per si*, para acionar os regimes anulatórios, na nossa lei previstos, é necessário, aliás que se encontrem preenchidos determinados requisitos impostos pelo legislador aos quais está subordinada a aplicação dos ditos regimes e consequentemente, a possibilidade de invalidação do negócio.

4.1. Harmonização com os interesses da contraparte e de terceiros

Perante o cenário especialmente pensado não podemos negar o, cada vez maior, esforço levado a cabo pelo nosso ordenamento para promover uma harmonização dos interesses de ordens conflitantes que estão em jogo na hipótese de invalidação de um determinado negócio. Temos, de um lado, o interesse do declarante que formou a sua vontade assente em motivos anormais e não concordantes com a realidade e que, por isso, pretende a invalidação do negócio celebrado a partir da mesma – chama-se, à colação, o princípio da autonomia privada e o respetivo segmento da liberdade contratual, materializado pela celebração do negócio jurídico, que parecem justificar a anulação do negócio jurídico e no polo oposto temos o interesse da contraparte – leia-se o declaratório – que, não obstante a vontade viciada que originou o contrato pretende a validade do mesmo, nesse sentido, roga pela desconsideração da anomalia verificada no processo formativo da vontade e apela a que sejam tuteladas as legítimas expetativas que depositou na validade da declaração emitida pelo declarante.

Em grosso modo temos, como adversários o *interesse em salvaguardar a liberdade de decisão negocial do declarante* que o princípio da autonomia privada postula e o *interesse em proteger as expetativas criadas pelo declaratório* que resulta do acolhimento, pela nossa

¹⁰¹ Fórmula batizada por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral...ob.cit.*, p. 505.

ordem jurídica de valores como a confiança e a segurança jurídicas. Entram em contexto, ainda que mediatamente, os interesses de terceiros conexos com o vínculo negocial bem como, em última instância, os interesses inerentes ao bom funcionamento do comércio jurídico, como sejam “*a segurança, a fluência e a celeridade da contratação*”¹⁰².

IV. REGIME JURÍDICO DAS INVALIDADES

Neste momento, recordando a (por nós) já assumida relevância que o plano da (in)validade empossa no seio conjectural da nossa investigação, elencadas que estão as hipóteses típicas em que o mesmo se manifesta e os termos em que determina a desvinculação negocial, procedemos a uma pertinente dilucidação do regime jurídico das invalidades.

Quando um negócio jurídico se encontra ferido de invalidade significa que ao mesmo é, por conta de uma das malformações que analisámos, excluída ou reduzida eficácia e que o mesmo é votado à nulidade ou anulabilidade¹⁰³, respetivamente.

1. Consequências jurídicas dos vícios da vontade

Entre nós é desenhada, para as situações de invalidade fundadas nos institutos acima descritos a consequência jurídica da anulabilidade, conforme as disposições legais 247º (por remissão do 251º), 252º e 254º CC. Falámos, *infra*, da necessidade de harmonizar os interesses tutelados por via do regime das invalidades – que vimos, proteger, em primeira linha, o declarante, leia-se a sua liberdade de decisão negocial – com os interesses (também eles merecedores de tutela) da contraparte, o declaratário, e de terceiros – *uma confiança normativizada na boa-fé* e segurança e fluência no comércio jurídico, respetivamente. Reconhecemos que o nosso ordenamento jurídico preza por essa compatibilização e várias

¹⁰² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral...ob.cit.*, p. 462.

¹⁰³ Antigamente denominadas nulidade absoluta e nulidade relativa.

expressões disso temos e enunciámos, com destaque, a especial situação dos vícios da vontade – olhos postos, a título de exemplo, no regime do erro e respetivos requisitos exigíveis para invocar a anulabilidade, os últimos são compreendidos à luz da tentativa de encontro de um ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito¹⁰⁴.

Não poderemos afirmar que também a opção pela atribuição aos vícios da vontade mencionados da consequência de anulabilidade ao invés da nulidade pode, ainda, reportar-se a esta preocupação de harmonização dos interesses em jogo? Cremos que sim.

Parece-nos coerente com as necessidades de um plano jurídico que há muito superou as puras conceções voluntaristas, adequada a sanção de anulabilidade. Poderá ser-nos tecida a crítica de que por, contrariamente à nulidade, não ser conhecida *ex officio* ou invocável a todo o tempo, prejudica os interesses do declarante em prol de uma limitação da responsabilidade do declaratório mas assim não lemos esta situação¹⁰⁵. Apoiamo-nos no pensamento de MAFALDA MIRANDA BARBOSA que rapidamente supera estas contestações (por si mesma disparadas), adiantando que em causa está, quando perante um vício na formulação da vontade do declarante, uma anomalia que “*não choça com princípios fundamentais do sistema ou com normas imperativas*” e por isso faz todo o sentido que em vez da possibilidade de ser conhecida oficiosamente se transfira para a esfera do livre arbítrio daquele a quem o vício afeta – o declarante – o direito a invocar a anulabilidade, já que esta foi orquestrada em fim da proteção daquele. Por outro lado, é compreensível a determinação de um prazo para a arguição da anulabilidade “*em nome das expectativas da contraparte*” que vai, com o decurso do tempo, conformando e sedimentando confiança na validade do contrato.

Se referente ao erro, este entendimento não parece estar envolto em grandes dificuldades de apreensão, tal não sucede no âmbito da disciplina jurídica do dolo. Por se tratar de um tipo qualificado de erro comportará, em si, uma carga punitiva? Será este

¹⁰⁴ Ainda assim, procedendo a uma análise comparatística, no tocante às condições de relevância do erro para fins anulatórios, entre o postulado no nosso Código e o estipulado nos PECL, há quem considere que os últimos atingem uma “*mais perfeita proteção do declaratório e do comércio jurídico*” isto porque, ao contrário do que se passa em plano nacional em que o único requisito cuja exigibilidade parece revestir *communis opinio* consiste na *essencialidade*, os PECL parecem ser mais exigentes quanto à atribuição de relevância do erro. Sobre isto, remetemos para o estudo comparativo elaborado por PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit., passim*.

¹⁰⁵ Até porque, em concordância com o que expões Mafalda Miranda Barbosa, não cremos tratar-se, a anulabilidade, de uma via pela qual se atinge a responsabilização do lesante, mas antes a consequência da não verificação de pressupostos exigidos pelo ordenamento para um negócio ser considerado válido, eficaz, “produtor de efeitos prático-jurídicos”, *vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit., pp. 326 e 327*.

especial grau de censurabilidade que justifica o seu regime autónomo e que devesse justificar a previsão da consequência de nulidade para estes casos?

Respondemos, liminarmente, que não. Não perspetivamos nenhuma razão que possa justificar a aplicação de diferentes consequências jurídicas entre o erro e o dolo – assim é por que não consideramos que a ratio deste instituto se encontre alicerçada a razões de índole punitiva, mas antes à ausência de uma tutela merecedora de confiança¹⁰⁶. Mais acrescentamos que, ainda que se reconhecesse uma necessidade punitiva a exercer contra o declaratório, impondo a nulidade, até que ponto essa medida poderia configurar uma proteção dos interesses do declarante? Certo é que o último gozaria da inexistência de limite de prazo para arguir a invalidação do contrato, mas em que medida consubstanciaria isso uma vantagem no caso de preferir, este, optar pela manutenção do contrato? Parece-nos que nenhuma.

2. Anulabilidade - Nulidade: Cotejo comparativo

Em virtude de não se assumir, no ensejo do nosso estudo, pertinente, por não ser a consequência jurídica prevista, pelo nosso legislador, para os vícios da vontade que abordámos, não teceremos mais do que breves considerações, mais em cotejo comparativo entre a nulidade e a anulabilidade¹⁰⁷¹⁰⁸¹⁰⁹.

Aquando de uma confrontação dos ditos regimes várias são as distinções existentes. De uma forma genérica, almejando um melhor enquadramento sistemático, confrontá-las-emos. Primeiramente a nulidade opera, *ipso iure*, i.e., não torna necessária a intencção de uma ação, nem a emissão de uma declaração para o efeito, chegando mesmo a atuar *ex officio*

¹⁰⁶ É ainda com sustento nessa ausência de necessidade de tutela da confiança que é compreensível que para que o erro releve sejam exigidos, como vimos, determinados requisitos e quanto ao dolo a sua simples verificação é bastante. Sobre este ponto, *vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, p.332.

¹⁰⁷ Para tal apoiados em CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do...ob.cit.*, pp. 620 a 627.

¹⁰⁸ Procedde-se a uma análise de Direito comparado no que toca a estes regimes, em PAULO MOTA PINTO, *Requisitos de Relevância do Erro...ob.cit.*, pp. 136 ss.

¹⁰⁹ Para uma análise mais meticulosa de aspetos do regime da anulabilidade do dolo bilateral (com a sua admissibilidade prevista no n.º 1 do 254º CC) e do dolo proveniente de terceiro (com as suas condições de admissibilidade de relevância estipuladas no n.º 2 do 254º CC) consultar os apontamentos tecidos por RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojeto...ob.cit.*, pp. 95 ss.

pelo tribunal ao passo que no campo das anulabilidades, a mesma só pode ser invocada pela pessoa dotada de legitimidade para tal, sendo-lhe exigida a propositura de uma ação especial destinada a esse efeito – ressalvada a possibilidade da sua arguição por via de exceção. Relativamente ao critério da legitimidade para arguição, a nulidade pode ser invocada por qualquer pessoa interessada, isto é, pelo sujeito de qualquer relação jurídica afetada pelos efeitos a que o negócio se dirigia, assim não se passa com a anulabilidade, mais restritiva neste aspeto, reduzindo a permissão para invocação da mesma a pessoas determinadas, nomeadamente aos titulares do interesse cuja tutela a lei institui. No tocante aos prazos estabelecidos, denota-se uma fulcral disparidade entre regimes, as nulidades são insanáveis, sendo, concludentemente, invocáveis a todo tempo e as anulabilidades são sanáveis pelo decurso do tempo pelo que o momento a partir do qual esse prazo é contabilizado, é expressamente estabelecido pela lei ou a partir do momento da cessação do vício que lhe serve de fundamento, tendo apenas como exceção os casos em o negócio não esteja cumprido, não sendo aqui estabelecido nenhum prazo. Note-se, ainda, que a nulidade é insanável mediante confirmação, enquanto a anulabilidade é sanável – não nos esqueçamos que é fundamental na confirmação uma intenção confirmatória, fundamentada num conhecimento do vício e do direito à anulação, todavia sem exigência de forma especial.

Do brevíssimo comentado, é razoável concluirmos pela bondade de aos vícios da vontade ser atribuída a consequência jurídica da anulabilidade, tendo em consideração os seus fundamentos e regime.

V. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

1. Breves considerações

Consagramos, entre nós, o instituto da *culpa in contrahendo* ou, também denominada, responsabilidade pré-contratual¹¹⁰ como uma responsabilidade *sui generis*, não

¹¹⁰ Não existe, na Doutrina, consenso no *nomen iuris* a utilizar quando desejamos referir-nos a este tipo de modalidade. Equaciona-se, então, qual o termo que mais adequação e rigor possui. As opiniões divergem e erguem-se vozes em vários sentidos. Sem delongas, veja-se, a este propósito MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura...ob.cit.*, p.32, onde observamos a crença do autor

tipicamente contratual nem delitual, o que acaba por constituir, como adiante veremos, um forte argumento à afirmação de um *tertium genus* na responsabilidade civil.

Compreendemos, hoje, esta figura em moldes significativamente distintos daquele que fundamentou o seu estudo e aceitamos, concomitantemente, ser, atualmente, de maior amplitude o seu campo de atuação. Todavia, não descuramos as primeiras linhas da *culpa in contrahendo* traçadas na esperança de alertar a ciência jurídica para um sector pouco desenvolvido e insuficientemente explorado, o que, efetivamente, foi conseguido¹¹¹. Neste sentido, podemos afirmar que constitui a *c.i.c* uma das mais significativas descobertas jurídicas da época contemporânea e é fruto de uma exaustiva e incessante procura de respostas sensatas, adequadas e capazes de responder com justiça às diversas situações para as quais não existia, no plano jurídico e legal uma solução que, satisfatoriamente, as tutelasse.

no maior rigor da expressão *responsabilidade pré-negocial* ao mesmo tempo que alerta para o facto de esta abranger não só a figura dos contratos, mas também dos negócios jurídicos unilaterais e dos quase negócios. Contudo, reconhece, o Autor, a larga preferência pelo termo *responsabilidade pré-contratual* com a justificação (razoável) de que é mais frequente que o instituto em causa incida sobre contratos. Menos tolerância apresenta, o Autor, face ao termo *culpa in contrahendo*, apoiando-se nos casos de responsabilidade pré-negocial objetiva, independentes de culpa, vocabulário que, neste contexto, defende não ser apropriado.

Consultar, a este propósito, obras como ANA PRATA, *Notas sobre a responsabilidade...ob.cit.*, pp.24 ss. e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Responsabilidade Pré-negocial...ob.cit.* pp. 161 e 162.

Contrapondo, auxiliados das mencionadas referências bibliográficas, os termos em questão encontramos vantagens e desvantagens inerentes ao uso de cada um deles. Optamos, no presente estudo, por nos distanciarmos da corrente querela terminológica que, em nosso entender, não comporta substanciais consequências já que todas as possíveis denominações refletem e compreendem a mesma realidade jurídica decorrente do 227ºCC. Do exposto, concluímos por empregar indiscriminadamente qualquer uma das expressões ensaiadas, atribuindo-lhes equivalente significado.

¹¹¹ Apesar das limitações e carências manifestadas, a tese da *culpa in contrahendo* conseguiu o pretendido. Leia-se, a respeito, “ (...) Jhering procurou chamar a atenção da Ciência do Direito para uma necessidade de complementação juspositiva, através da área, pouco explorada, da formação dos contratos. Fazendo-o, Jhering deu, do fenómeno, um pré-entendimento que ainda se mantém”, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé...ob.cit.*, p. 532. O presente instituto é, hoje, largamente reconhecido e recebido por vários ordenamentos jurídicos, como, infra, veremos.

2. A Teoria de Jhering

O primeiro contacto¹¹² com esta teoria da responsabilidade pré-contratual remonta a 1861, por mão de RUDOLF VON JHERING¹¹³ e vem abrir portas à discussão, principalmente na doutrina alemã, acerca da responsabilidade das partes no período pré-contratual. O Autor preocupou-se, à data, em tecer considerações relacionadas com a problemática da nulidade dos contratos por divergência insanável entre a vontade real e a vontade declarada. Questionava-se acerca da possibilidade de, no caso descrito, sendo o contrato nulo, poder a parte que com a declaração viciada viesse a sofrer prejuízos, ser indemnizada.

Em suma, à luz deste meritório ensaio, circunscrevia-se a responsabilidade das partes à cobertura dos danos culposamente causados à contraparte pela invalidade do negócio. Afigura-se-nos, hoje, possível, confrontando esta teoria com o entendimento atual do instituto da responsabilidade pré-contratual, qualificá-la como insuficiente e/ou pouco abrangente, menosprezando-a. Todavia, apesar das diversas críticas de que viria a ser alvo, devemos, atentos ao contexto em que foi desenvolvida, valorizá-la e considerar que constitui o despoletar de uma corrente de pensamento inovadora e preocupada com a proteção do destinatário da declaração viciada, face à desfavorável e frágil posição deste¹¹⁴.

Além desta preocupação, JHERING desenvolveu ainda uma interessante noção do interesse contratual negativo¹¹⁵, reconhecida por autores como MOTA PINTO e MENEZES

¹¹² “A doutrina tradicionalmente chamada de culpa in contrahendo teve precedentes muito limitados e fragmentários no direito romano” MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura...ob.cit.*, p.33. Somos alertados para obras anteriores de autores como SCHWEPPE, RICHELMANN, SAVIGNY, POTHIER e outros que teceram considerações acerca da problemática em debate mas sem rigor e alcance suficientes que as fundamentassem. Ver, a propósito, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura...ob.cit.*, p.34 e ANA PRATA, *Notas sobre...ob.cit.*, p.8.

¹¹³ Ao edificar aquela que seria a pioneira obra, com uma profundidade razoável, no seio da responsabilidade pré-contratual, a *Culpa in contrahendo oder Scadensersatz bet nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen* (que, traduzido, será culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição).

¹¹⁴ Até à data, era inconcebível que um contrato considerado nulo produzisse quaisquer efeitos. O Autor introduziu uma nova conceção desta realidade, admitindo como que uma “validade parcial do contrato nulo” em que seria possível a produção de efeitos secundários do mesmo, tomando como exemplo desses efeitos a eventual indemnização. A este propósito, cfr. ANA PRATA, *Notas sobre...ob.cit.*, p.10 onde a Autora refere que “a conclusão de um contrato não tem como único efeito jurídico a obrigação de o cumprir (...) pode produzir aquele outro efeito da obrigação de indemnizar por um dos contraentes relativamente à contraparte”.

Em sentido contrário, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *A Responsabilidade Pré-Negocial...ob.cit.*, pp 224 e 225, afirmando, o Autor, que um contrato nulo será insuscetível de produzir efeitos jurídicos, logo a tese de Jhering seria alicerçada numa ficção.

¹¹⁵ Este conceito de *interesse contratual negativo* integra tanto o *lucro cessante* como o *dano emergente*, definidos pelo Autor, na sua obra, como “a perda de um lucro, seja por ter aberto mão de uma

CORDEIRO¹¹⁶ e, expressamente, explanou que só neste (interesse contratual negativo) a parte não culpada ter direito à indemnização (até porque a indemnização pelo interesse contratual positivo pressupõe a validade do contrato e a presente teoria parte da invalidade do mesmo).

Do exposto, podemos asseverar que foram estes os primeiros passos dados em direção à compreensão da responsabilidade pré-contratual nos termos em que atualmente se encontra configurada¹¹⁷.

3. A atual compreensão da Responsabilidade Pré-Contratual

A corrente de pensamento inaugurada pelo jurista alemão teve influência em múltiplos ordenamentos jurídicos e contou, em alguns deles, com afloramentos em normas expressamente dedicadas ao instituto e noutros, apesar da ausência de regras concretas relativas à responsabilidade pré-contratual, obteve clara aceitação e reconhecimento.

Importa, todavia, salientar que nem todos os sistemas jurídicos norteiam as condutas tidas na fase pré-contratual pelo princípio da boa-fé objetiva, mesmo aqueles que partilham dos *valores da civilização ocidental*¹¹⁸. Nos países onde vigora a *Common Law*, apesar de algumas expressões (principalmente no Direito Americano), não opera este instituto. Não pode, portanto, neste cenário, afirmar-se que durante o período de negociações se encontram as partes adstritas aos deveres decorrentes da boa-fé-objetiva. Rejeita-se, nestes sistemas, particularmente no inglês, a *c.i.c.*¹¹⁹, inexistindo, deste modo, o aclamado dever geral de atuação conforme os ditames da boa-fé. Esta orientação encontra fundamento em princípios

outra oportunidade de conclusão do mesmo [contrato], seja por ter omitido cuidar oportunamente de uma tal possibilidade” e “os custos inúteis que o demandante suportou em consequência da conclusão do contrato”, respetivamente.

¹¹⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra Editora, 2008, p.14, “a «descoberta jurídica» da culpa in contrahendo foi, simultaneamente, também a «descoberta» da noção de interesse contratual negativo” ligada “ao facto de o contrato não ser válido, contrapondo-a desta forma à de interesse contratual positivo.”

¹¹⁷ Vide, a este propósito, ANA PRATA, *Notas sobre...ob.cit.*, p.10 onde a Autora refere que “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”.

¹¹⁸ MOURA VICENTE, *Culpa na formação...ob.cit.*, p. 280.

¹¹⁹ MOURA VICENTE alerta, na *ob.cit.*, p.280, contudo, para a admissibilidade do instituto em sede de responsabilidade extracontratual.

subjacentes aos ordenamentos em causa – *caveat emptor; all or nothing*¹²⁰ – que, numa palavra, traduzem a preponderância do princípio da autonomia privada.

A manifesta disparidade de regimes jurídicos radica numa plêiade de motivos (jurídicos e metajurídicos) mas detém como ponto nevrálgico a hierarquização dos valores em questão: “*a liberdade individual na negociação e conclusão dos contratos*” e “*a solidariedade traduzida na consideração pelos interesses legítimos da contraparte*”¹²¹.

Reflete-se, tal divergência, em opostas perspetivas do equilíbrio entre os citados interesses. Numa palavra, dos dois princípios fundamentais em colisão no 227ºCC (autonomia privada vs. boa-fé) será um sacrificado em prol do outro. Em conformidade com o supra exposto, os sistemas de *common law* privilegiam a liberdade contratual, segmento do princípio da autonomia privada e a conseqüente força dos contratos, valorizando, em maior medida, o bom funcionamento de mercado mediante uma inferior intromissão estatal nas relações privadas. Por seu turno, os ordenamentos de *civil law* valoram, de modo mais significativo, as exigências de ética social e sentem uma imperiosa necessidade de ampliar a proteção jurídica dos contraentes. Sumariamente, os últimos consentem um maior sacrifício dos interesses individuais em benefício do interesse coletivo.

4. Natureza jurídica da Responsabilidade Pré-contratual

Analisadas que estão as diversas situações que originam a responsabilidade pré-contratual, importa, agora, debruçarmo-nos sobre o tópico relativo à sua natureza jurídica. Arrogando, como pano de fundo, tanto o regime jurídico deste tipo de responsabilidade bem como a tradicional dicotomia responsabilidade contratual/ responsabilidade extracontratual, reunimos, agora, condições para matizar a circunscrição do ponto fulcral da mesma e colocar

¹²⁰ A primeira regra assenta na máxima de que “*o risco é do comprador*” e radica no dever de o contraente se acautelar e informar, não lhe sendo possível transferir, para a contraparte, o ónus de fornecimento de informações. De acordo com esta, cada parte é responsável pela obtenção dos conhecimentos atinentes ao negócio a celebrar. A segunda prende-se com o pensamento de que, ou as partes estão direta e reciprocamente vinculadas por meio de um contrato ou não existirá qualquer ligação jurídica durante o período das negociações que fundamente a exigência de condutas conformes aos ditames da boa-fé. Para um maior desenvolvimento deste tópico, v. CALVÃO DA SILVA, *Negócio e Formação de Contratos*, in *Estudos de Direito Civil*, 1999, pp.65 ss. (SILVA C. D., 1999)

¹²¹ MOURA VICENTE, *Culpa na formação... ob.cit.*, p. 281.

a questão de saber qual o enquadramento dogmático da *culpa in contrahendo*.

Cumpre-nos saber se uma típica situação de *culpa in contrahendo* deverá ser reconduzida ao regime de uma das tradicionais modalidades ressarcitórias ou antes deverá integrar o que tem vindo a denominar-se de *tertium genus* da responsabilidade civil.

Está em causa uma problemática com bastante expressão no mundo jurídico e espelho disso, é ser tratada por diversos ordenamentos jurídicos¹²², o que nos permitirá, adiante, conceber uma breve análise de direito comparado. Surgem, então, por entre as múltiplas ordens jurídicas, teorias levantadas por alguns autores que procuram dar resposta à *vexata quaestio*. Uns procuram encaixar este tipo de responsabilidade naquela que deriva do incumprimento de uma obrigação – responsabilidade contratual; outros reconduzem o instituto de *c.i.c* à responsabilidade extracontratual, outros atribuem-lhe uma natureza mista/híbrida e uma fração de juristas avança, ainda, com a ideia de uma responsabilidade intermediária, desvinculada das célebres modalidades clássicas de responsabilidade civil – uma terceira via de responsabilidade civil.

A fim de elegermos uma das teorias adiantadas, cumpre-nos examinar e refletir sobre os fundamentos de cada uma e, cuidadosamente, decidir qual das mencionadas teses melhor se harmoniza com os cânones da *culpa in contrahendo*. É necessário que se efetue uma apreciação crítica e responsável, na medida em que, por um lado, o direito positivo se encontra desprovido de qualquer norma que possa dar resolução à questão controversa e, por outro, é de indubitável relevância a opção eleita, uma vez que se irá traduzir em matérias de interesse prático, como são o ónus da prova e a extensão dos efeitos jurídicos¹²³.

4.1. Teoria Contratualista

Entre nós, a teoria contratualista é a que reúne mais ampla aceitação¹²⁴ por parte da doutrina. Esta reconduz a responsabilidade pré-contratual ao regime da responsabilidade

¹²² Leia-se ordenamentos jurídicos de *civil law*, pois como tivemos, anteriormente, oportunidade de concluir, países de *common law*, como a Inglaterra, não aceitam o instituto de *c.i.c*, uma vez que não reconhecem a vinculação das partes ao cumprimento de deveres pré-contratuais. Neste sentido, esta questão não tem, sequer, lugar.

¹²³ Vide, a este propósito, DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações*, Almedina, 2006, p.40. (CUNHA, 2006)

¹²⁴ Todavia, nem sempre assim sucedeu. Conforme observamos supra, na nossa nt. 54, durante a vigência do Código de Seabra, o instituto da responsabilidade pré-contratual era reconduzido à figura do abuso de direito, à semelhança do que ocorria no ordenamento jurídico francês e, neste panorama, era aceitável

contratual, uma vez que compreende que aquela possui natureza obrigacional.

Este entendimento acaba por ser fruto da forte inspiração da doutrina alemã que considera que a relação de confiança inerente ao período pré-contratual se aproxima, em larga medida, da relação contratual. No ordenamento germânico, parece-nos ser de aplaudir esta solução, uma vez que perspetivar a *culpa in contrahendo* à luz da responsabilidade contratual permite que seja concedida ao lesado uma tutela mais enérgica e eficaz, isto porque, na Alemanha, o regime da responsabilidade extracontratual atribui àquele uma tutela mais débil. Neste sentido, é perfeitamente compreensível que, nesta ordem jurídica, em situações cuja solução não se encontre legalmente prevista, se opte, via de regra¹²⁵, pela sua recondução às regras da responsabilidade extracontratual. Contudo, esta ordem de argumentos não nos parece suficientemente válida para importar para o nosso ordenamento esta recondução, até porque estas lacunas não se verificam entre nós. Como tal, entre nós, não podemos dizer ser *necessariamente contratual* a natureza da *c.i.c.*¹²⁶.

Ainda assim, em favor desta tese, são avançados inúmeros argumentos como o facto de o dever da boa-fé, na sua vertente objetiva, ter surgido no seio das relações de carácter obrigacional bem como (e principalmente) pelo facto de as partes criarem, desde logo, no período de negociações, uma significativa ligação muito idêntica à estabelecida aquando da celebração do contrato. Outro muito afamado argumento para fundamentar esta conceção é o enraizado num ensinamento de RUI DE ALARCÃO que encara a *obrigação* como figura que comporta um dever jurídico, uma sujeição e um ónus jurídico, definindo o primeiro como “*a necessidade de observância de um certo comportamento, a qual é imposta pelo ordenamento jurídico sob a cominação de uma sanção*”¹²⁷. Ora, orientados por esta visão, assumem os autores defensores desta tese que, do 227ºCC nasce uma *obrigação* de agir segundo a boa-fé e, neste sentido, confinam a responsabilidade pré-contratual aos moldes da responsabilidade contratual.

Traçada, então, a diretriz desta esteira de pensamento, resta-nos enunciar que são

defender-se que estaríamos perante um caso de responsabilidade extracontratual – tese maioritariamente defendida, à época.

¹²⁵ Há hoje, contudo, paralelamente, na Alemanha, uma parcela de juristas que encaminham a responsabilidade pré-contratual ao instituto da responsabilidade pré-contratual, como se refere em DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade pré-contratual...ob.cit.*, p. 53.

¹²⁶ Ver, neste sentido, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp 63 e 64.

¹²⁷ RUI DE ALARCÃO, *Direito...ob.cit.*, p.29.

adeptos desta teoria autores como MOTA PINTO¹²⁸, MENEZES CORDEIRO¹²⁹, MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹³⁰, ANA PRATA¹³¹, RUY DE ALBUQUERQUE¹³² e GALVÃO TELLES¹³³.

Os apoiantes desta tese, ancorados no conceito de relação obrigacional complexa, de RUI DE ALARCÃO¹³⁴, compreendem que “avultam na relação obrigacional os deveres de prestação (os quais, aliás, podem ser primários ou secundários), mas descortinam-se nela outros deveres de conduta, além de direitos potestativos, sujeições e ônus jurídico, etc.”, e que, por isso, a relação pré-contratual entre as partes está tutelada pelas obrigações secundárias¹³⁵.

¹²⁸ O Autor começou, durante a vigência do Código de Seabra, por assumir uma posição que ANA PRATA considerou eclética, pois o jurista criticava quer a teoria contratualista quer a teoria extracontratualista. A primeira porque teria na sua base uma ideia ficcionada, já que não existia qualquer contrato e a segunda porque não se podia admitir que as partes que estavam já em período de negociações constituíam meros desconhecidos. Com a expressão consagração do instituto da responsabilidade pré-contratual no nosso 227.ºCC, o Autor dissipou qualquer dúvida que pudesse persistir, manifestando o seu favoritismo pela teoria contratualista, considerando que esta comportava o regime mais adequado. V. ANA PRATA, *Notas sobre ... ob.cit.*, p.210.

Entende o Autor que o mencionado preceito traduz a “ideia de existência de vínculos especiais de carácter obrigacional entre os particulares nas negociações” mesmo que ainda não tenham, a título definitivo, assumido obrigações entre eles. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Responsabilidade Pré-negocial...ob.cit.*, pp.248 ss. e, do mesmo Autor, *Cessão...ob.cit.*, pp. 350 ss. (PINTO M. , 1982)

¹²⁹ O autor afirma ser criada, no período de negociações, uma relação obrigacional que comporta deveres em muito idênticos aos que integram as obrigações em sentido técnico. Defendem, os mencionados juristas alemães que a essência do instituto da *c.i.c.* se prende com a proteção da confiança, com a legítima expectativa despertada nas partes durante o período pré-contratual e que pode, com a sua frustração, despoletar uma situação de tipo obrigacional. Para o autor, numa palavra, a *c.i.c.* assume natureza contratual por emergir da violação de deveres específicos de conduta, decorrentes da boa-fé. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé...ob.cit.*, pp. 555ss e 585.

¹³⁰ A Autora defende que “*situações haverá que – ainda que não possam ser reconduzidas a um contrato – coenvolvem ainda o exercício da autonomia privada e convocam os princípios norteadores da atuação daqueles que, no tráfico, devem ser honestos, leais e corretos.*” Deste modo, acaba, a Autora, por contornar o problema “*por via da recondução dos chamados deveres de proteção ao núcleo do acordo*”, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800.ºCC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento*, in *O Direito*, III (2015), pp. 657 ss. (BARBOSA, *Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800.ºCC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento*, 2015)

¹³¹ ANA PRATA, *Notas sobre...ob.cit.*, p.214.

¹³² V. SOBRAL NASCIMENTO, *A Responsabilidade Pré-contratual, pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização do Contrato* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2003, p. 230. (NASCIMENTO, 2003)

¹³³ O Autor fundamenta a sua opinião partindo da consideração de que a *c.i.c.* pressupõe a violação de uma verdadeira obrigação (à semelhança do pressuposto na responsabilidade contratual) que é a obrigação de bem contratar, de agir de um modo correto e honesto que permita a perfeita celebração do contrato.

¹³⁴ Ver RUI DE ALARCÃO, *Direito das...ob.cit.*, p.51.

¹³⁵ No mesmo sentido MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Acerca da possibilidade de aplicação ...ob.cit.*, pp. 659 ss. demonstra que “*podemos assentar na ideia da obrigação como uma relação obrigacional complexa, que se desdobra em múltiplos vínculos e que abarca inúmeros deveres e direitos que vão além do dever de prestação e do respetivo direito à prestação*”, e sistematiza a estrutura da mesma, explanando que ao lado dos deveres principais figuram os deveres secundários (dentro dos quais, os deveres acessórios) e ainda outros deveres de conduta.

Em síntese, o principal argumento invocado para a aceitação desta teoria consiste no facto de se considerar que existe, entre as partes, “*uma verdadeira relação obrigacional, integrada por diversas obrigações específicas, estruturalmente idênticas às que vinculam as partes após a conclusão do contrato*”¹³⁶ e que é, portanto, possível reconduzir as suas condutas à esfera da autonomia privada, mesmo na inexistência de um contrato.

4.2 Teoria Extracontratual

Destaca-se da escassa parcela de juristas adeptos desta teoria, entre nós, ALMEIDA COSTA. O Autor avança inúmeros argumentos para nos convencer da natureza extracontratual do instituto da *c.i.c.*. De entre todos, destaque-se, a preferência, pelo jurista, de mobilizar, quanto ao ónus da prova da culpa, as regras do regime da responsabilidade extracontratual (face às da responsabilidade contratual). Justifica tal opção, reconhecendo que, uma vez que o autor da lesão já vê a sua autonomia privada significativamente restringida pela própria natureza do regime da responsabilidade pré-contratual, “*não será razoável que ao contraente que sofre essa diminuição na sua esfera negocial ainda acresça uma presunção de culpa, com o correspondente ónus da prova*”¹³⁷.

4.3 Tertium Genus

Alguns autores¹³⁸, insatisfeitos com as soluções propugnadas pelas teorias supra desenvolvidas, pendem para uma “*forma de responsabilidade intermédia, situada entre os polos do contrato e do delito*”¹³⁹, uma *terceira via*, desvinculada das teses contratualista e extracontratualista, apta a suprir as fragilidades por estas apresentadas e, assim, arrogar-se como resposta para o enquadramento jurídico-dogmático da *c.i.c.*.

¹³⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...ob.cit.*, p.625.

¹³⁷ A par deste argumento, o Autor avança alguns outros, de diversas ordens, conforme expõe DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade pré-contratual...ob.cit.*, pp. 56 ss. e nt. 60.

¹³⁸ Não só entre nós, mas também, por exemplo, no ordenamento italiano (RODOLFO SACCO), alemão (CANARIS, por mão do qual nasceu esta ideia de terceira via) e brasileiro (REGIS FICHTNER PEREIRA). DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade pré-contratual...ob.cit.*, p.59.

¹³⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Vinho novo em odres velhos?* in Separata da ROA 59, 1999, p. 673. (FRADA, *Vinho novo em odres velhos?*, 1999)

Entre nós, uma das vozes mais apologistas é CARNEIRO DA FRADA¹⁴⁰ que, desde logo, circunscreve a responsabilidade pré-contratual a “*contextos particularizados (...) que não a compatibilizam bem com o direito delitual, pois que este estabelece comportamentos genéricos (...) mas (...) não é, de igual modo, obrigacional*”¹⁴¹.

Contudo, saliente-se que o apoio desta teoria não se esgota em CARNEIRO DA FRADA, muitos outros autores lusos se erguem em defesa desta, nomeadamente, MENEZES LEITÃO¹⁴², SOBRAL DO NASCIMENTO¹⁴³ e FERREIRA DE ALMEIDA¹⁴⁴. Surgem também SINDE MONTEIRO¹⁴⁵ e MOURA VICENTE¹⁴⁶, na veste de apoiantes de uma teoria híbrida, em nossa opinião harmonizável com esta ideia de *tertium genus*, apresentando o que nos parece ser uma posição mais compensada e equilibrada.

Merecem especial atenção (e, por isso, sobre elas, nos debruçaremos) as doutrinas avançadas por CARNEIRO DA FRADA, SINDE MONTEIRO E MOURA VICENTE.

O primeiro, pioneiro na defesa desta terceira via de responsabilidade civil, estabelece, presentemente, uma mais laboriosa e aguçada conceção da mesma, apostando na formação de um elo infrangível entre a *c.i.c.* e a confiança. Chega mesmo a preconizar uma *teoria pura da confiança*¹⁴⁷, abrindo espaço ao que podemos denominar uma quarta via da responsabilidade civil.

SINDE MONTEIRO, por sua vez, não concorda com a noção de terceira via propugnada por CARNEIRO DA FRADA, mas antes avança, uma exclusiva interpretação deste *tertium genus*, à luz de uma teoria mista/híbrida, da qual perfilha MOURA VICENTE.

¹⁴⁰ O Autor manifesta expressamente a sua posição nos seus estudos, CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, 1997, pp. 95 ss. e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2007, pp. 99 e 100. (FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, 1997) (FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2007)

¹⁴¹ CARNEIRO DA FRADA, *Uma «terceira via»...ob.cit.*, p.95.

¹⁴² Defende o Autor que o regime inerente à 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 tráfego negocial”. MENEZES LEITÃO, *Direito das...ob.cit.*, p.361.

¹⁴³ SOBRAL DO NASCIMENTO, *A responsabilidade...ob.cit.*, pp.248 a 250.

¹⁴⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceito, Fontes, Formação*, 2008, pp. 206 ss. (ALMEIDA, 2008)

¹⁴⁵ SINDE MONTEIRO, *Culpa in Contrahendo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 42, 2003, pp. 13 e 14. (MONTEIRO, *Culpa in Contrahendo*, 2003)

¹⁴⁶ MOURA, *Culpa na formação...ob. cit.*, pp.275 e 276.

¹⁴⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...ob.cit.*, *passim*.

a) *Teoria Híbrida*

Principia, SINDE MONTEIRO, por afiançar não ser exequível adotar, previamente, um rígido posicionamento relativamente à questão do enquadramento normativo do instituto da responsabilidade pré-contratual. Desaconselha, inclusive, que tal suceda, reprovando a criação de soluções gerais e abstratas que não tomam em consideração as disparidades que comporta a multiplicidade de casos abarcados pela *c.i.c.*¹⁴⁸. Defende, ao invés disso, que sejam traçadas respostas razoáveis e adaptadas às especificidades de cada caso concreto, acrescentando, ainda que “*o intérprete não está assim obrigado, tirante isso, a aplicar as regras de um ou de outro sector; ou sequer a aplicar sempre as mesmas regras, podendo ter em conta a especificidade dos casos*”¹⁴⁹.

Na mesma linha de pensamento caminha MOURA VICENTE que, desde logo, alerta para a necessidade de apreciar e ponderar cada caso concreto e sopesar os interesses, conveniências e valores em presença. Na ótica do Autor o importante consiste na “*adequação das soluções às necessidades da vida e aos valores imperantes em cada sector do ordenamento jurídico (...)*”¹⁵⁰. Finaliza, o citado Autor, argumentando que o regime da *c.i.c.* tem uma natureza híbrida, o que, curiosamente, condiz com a “*índole – ela própria híbrida – das situações de culpa na formação dos contratos, localizadas numa «zona cinzenta»*”.

b) *Posição Adotada*

Com base nas linhas argumentativas exibidas, consideramos mais apropriado desviarmo-nos, em parte, da construção dogmática enunciada por CARNEIRO DA FRADA. O que a isto nos leva é, essencialmente, tal doutrina ter, como inevitável consequência, a nosso ver, de uma autonomização entre a proposta responsabilidade pela confiança e a cláusula geral da boa-fé; fundar-se direta e inteiramente na proteção da confiança e das expectativas dos contratantes na conclusão do negócio e, com isso, negligenciar-se, ao que nos parece, a exigência da verificação de um facto ilícito (o que abala completamente toda

¹⁴⁸ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...ob.cit.*, pp.506ss.

¹⁴⁹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...ob.cit.*, p.510.

¹⁵⁰ MOURA VICENTE, *Da responsabilidade...ob.cit.*, p.273.

a estrutura e todo o sentido da ordem jurídica como a compreendemos).

Não queremos, com isto, descurar o valor (em nosso entender, incomensurável) e o papel que assume, a figura da confiança, nas estudadas situações que despontam a responsabilidade pré-contratual, porém não nos parece a melhor solução proceder à autonomização de uma pura teoria da confiança.

Posto isto, elegemos, antes, como mais apropriada e bem conseguida a interpretação realizada por SINDE MONTEIRO e MOURA VICENTE e, neste sentido, defendemos que a natureza jurídica do instituto da responsabilidade pré-contratual não pode, nem deve, ser apurada aprioristicamente, mas, inversamente, deve ser a que, na hipótese prática concreta, melhor se adapte e coadune com as necessidades, exigências e individualidades da mesma, de modo a alcançar a máxima harmonização possível dos interesses envolvidos.

5. Pressupostos da Responsabilidade Pré-Contratual

Desde logo, mediante a leitura do 483ºCC, nos são apresentados vários pressupostos.

Sem mais demora, enunciemos, então, os pressupostos, tendo sempre presente que, sendo requisitos cumulativos, a responsabilidade civil funciona somente quando todos ocorrem: é, primeiramente, inevitável que se trate de um *facto voluntário do agente, um comportamento humano voluntário, controlável pela vontade, que consubstancie uma ação ou uma omissão*¹⁵¹; exige-se, também, verificada a *ilicitude*¹⁵² que, grosso modo, é

¹⁵¹ Não pode, como tal, constituir um “*mero facto natural causador de danos*”, uma causa de força maior ou circunstâncias fortuitas. Ao invés, terá que consistir, por via de regra, numa ação *dominável ou controlável pela vontade* que viole um *dever geral de abstenção* correspondente a um direito absoluto ou, nem tão raras as vezes, numa omissão, sempre que haveria o *dever jurídico especial de praticar um ato* e tal não ocorreu. (ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, vol. I., 525 ss.). (VARELA, Das Obrigações em Geral, vol. I, 2013)

¹⁵² Importa, a respeito deste requisito, elucidar que não foi, ao longo dos tempos, homogénea e uniformemente reconhecido. Neste sentido, surge, pioneiramente, no art. 2361º CC de 1867, (“*Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado*”) como “*a violação do direito* (subjeto, leia-se) *de outrem*”. Posteriormente, brota um novo entendimento, instigado pelo Dec. Nº 32171, de 29 de Julho de 1942, que acrescenta a exigibilidade de ter sido causado um *dano injusto*. Esta novidade, apesar de traduzir uma certa razoabilidade e coerência, é considerada muito vaga, imprecisa, dando azo a largas divergências doutrinárias. Além disso, peca por colocar no núcleo central da *ilicitude* o dano produzido e não tanto o facto que o produziu, o que vai, preocupantemente, contra o conceito que defendemos de *ilicitude*, na medida em que este se reporta ao facto, ao comportamento do agente e não ao seu efeito danoso. Cfr. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...ob.cit.* pp. 530 a 533.

considerada como uma contrariedade com o Direito, como a prossecução de um fim que não é permitido pelo Direito. O presente requisito desdobra-se, em essência, em três variantes: a *violação de um direito (absoluto) de outrem*; a *violação de uma disposição legal que protege interesses alheios* e o *abuso de direito*¹⁵³; é imprescindível a constatação do *nexo de imputação do facto ao lesante (culpa)*. À luz do art.483ºCC, é exigível que o lesante tenha agido com “*dolo ou mera culpa*”. Para aferir da culpa do agente que praticou o facto é, desde logo, necessário determinar, num cenário abstrato se a conduta exercida é suscetível de *reprovação e censura* pelo Direito, sendo assim passível do juízo de culpa. Posto isto, importa averiguar, em termos concretos, se essa censura é, efetivamente, merecida. Seguindo esta linha de pensamento, primeiramente se verificará a imputabilidade do agente e, numa fase subsequente, a culpa, enquanto “*juízo de censurabilidade relativo à conduta do agente, segundo o qual este poderia e deveria ter agido de forma diferente.*”¹⁵⁴; é basilar a existência de um *dano*, sem o qual não há lugar à responsabilidade civil¹⁵⁵. Por *dano* entende-se, em traços gerais, o prejuízo que alguém sofre na sua pessoa e/ou no seu património.; por último, é necessário que haja um *nexo de causalidade entre o facto e o dano*. Daqui se retira que, nem por todos os danos que promanam do facto irá o agente responder, isto porque, para que tal suceda há-que entre o facto e o dano ser estabelecida uma *ligação causal*. Para aferir deste *nexo causal* socorremo-nos, hoje, entre nós, do critério da *Teoria da Causalidade Adequada*, segundo a qual, de modo sucinto, um determinado facto é causa de um certo dano se o primeiro, em abstrato, e nas condições normais de vida, tiver capacidade e apetência para provocar o segundo e, em concreto, aquele tenha constituído uma condição necessária (*sine qua non*) deste.

¹⁵³ Para maior minudência, relativamente às formas de ilicitude apresentadas, consultar ANTUNES VARELA, *Das obrigações...ob.cit.*, pp. 530-562.

¹⁵⁴ Vide ANTUNES VARELA, *Das obrigações...ob.cit.*, pp. 562 a 597.

¹⁵⁵ A ter em atenção que existem situações de carácter excecional em que não é forçoso existir *dano*, nomeadamente, no que respeita ao regime indemnizatório do sinal, já que este funciona independentemente da ocorrência de *dano*, na cláusula penal também o montante indemnizatório prévia e convencionalmente estabelecido pelas partes é o devido, autonomamente da verificação do dano ou da sua extensão e ainda no caso de mora no cumprimento de uma obrigação pecuniária, uma vez que o devedor que se constitui em mora fica obrigado a uma indemnização moratória, não sendo o dano pressuposto para que a cumpra.

5.1. Em especial o dano

A responsabilidade civil radica no princípio do ressarcimento dos danos pelo que é legítimo dizermos, agora, que o dano é pressuposto essencial da responsabilidade. Por dano deve entender-se “*a lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, subtracção ou deterioração de um certo bem juridicamente protegido do lesado, patrimonial ou não, ou simplesmente uma desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante, por ser tutelada pelo Direito*”¹⁵⁶. São várias as classificações de *dano*, mas não releva escrutiná-las a todas, no âmbito do roteiro da presente investigação pelo que apenas dispensaremos breves instantes à distinção que habitualmente se realiza entre *danos patrimoniais* e *danos não patrimoniais* que, grosso modo, assenta na circunstância de serem ou não suscetíveis de avaliação pecuniária¹⁵⁷.

Colocar-se-á, *infra*, a questão de saber se a índole patrimonial do dano releva para efeitos de convocação do instituto da responsabilidade pré-contratual. Se em tempos esta interrogação fazia sentir-se, hoje já não se coloca a questão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. O 496º CC prevê esta possibilidade e, ainda que sistematicamente, se dirija à responsabilidade extracontratual, cremos que seja aplicável, genericamente, à responsabilidade civil no seu todo e assim à responsabilidade pré-contratual, pelo que “*independentemente do dano que se verifique em concreto, possa ou não ser o mesmo qualificado como patrimonial, o comportamento culposos que, na fase da negociação contratual, viole deveres de informação, conduzindo a contraparte no negócio a um erro, é suscetível de gerar responsabilidade pré-contratual*”¹⁵⁸.

5.2. Em especial a ilicitude

Abrimos, agora, espaço à análise do requisito da *ilicitude*, que, embora constitua um pressuposto comum de ambas as tradicionais modalidades ressarcitórias, merece especial reparo por revestir, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, um díspar sentido.

¹⁵⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...ob.cit.*, p. 540.

¹⁵⁷ MENEZES LEITÃO, *Direito das...ob.cit.*, p. 338.

¹⁵⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da Indução...ob.cit.*, p. 325.

Parafrazeando 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”¹⁵⁹. No seguimento deste raciocínio, podemos destringir, com brevidade, a conceção de *ilicitude* nas diferentes vertentes da responsabilidade civil. Com efeito, e indo de encontro aos elementos que já patenteámos, asseveramos que consiste o facto ilícito, por um lado, na violação de direitos relativos/ de crédito ou violação de direitos subjetivos absolutos, conforme estejamos perante a modalidade contratual ou extracontratual da responsabilidade, respetivamente e, por outro, quando nos encontremos no seio da responsabilidade pré-contratual, consiste na violação dos mencionados deveres emergentes do princípio da boa-fé.

Para MENEZES LEITÃO a *ilicitude* apresenta duas variantes – violação de direitos subjetivos e a violação de normas de proteção. Já quanto ao abuso de direito considera-o no âmbito daquilo que designa de “*tipos delituais específicos para além das categorias gerais de ilicitude*”¹⁶⁰. De entre as situações que classifica, o Autor, como *tipos delituais específicos*, encontramos a prestação de conselhos, recomendações e informações, prevista no 485º e sobre a qual é pertinente que nos debrucemos.

A hipótese de responsabilidade por conselhos, recomendações e informações está estipulada no 485º e conforme o teor do mesmo só a ela há lugar nas situações descritas no seu n.º 2 – *quando se haja assumido a responsabilidade por danos; quando exista um dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar e quando o procedimento do agente constitua facto punível*.

Interessa-nos para a problemática-objeto do nosso estudo atender à segunda das hipóteses enumeradas pelo que assim concluímos que, para aferir da *ilicitude* em sede de responsabilidade pré-contratual, torna-se necessário apurar se existe um dever jurídico (imposto pela boa-fé) de atuação pelo agente e se, existindo, ocorreu a sua injustificada violação.

¹⁵⁹ Ver SINDE MONTEIRO, *Culpa in...ob.cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das...ob.cit.*, p. 338.

6. Hipóteses típicas de *Culpa in Contrahendo*

Tempo volvido desde o pioneiro contato com a tese de Jhering, constata-se, hoje, uma ampliação dos horizontes da mesma e um conseqüente alargamento do âmbito de aplicação do instituto da *culpa in contrahendo*, outrora bastante restrito. Enquanto, à altura da sua gênese, a *c.i.c.*, se preocupava apenas com 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 culpada, hodiernamente (com a expressão consagração do 227ºCC¹⁶¹ e com o exponencial ênfase dado ao critério valorativo da boa-fé), reconhece-se que pode (a *c.i.c.*) ter origem em duas outras situações para além da consignada – na *rutura injustificada e ilegítima das negociações* pré-contratuais e, mais recentemente, na *conclusão de um contrato válido e eficaz* em que, no entanto, nasceram, durante o percurso negocial, danos a ser indenizados, por violação de deveres de conduta emergentes da boa-fé¹⁶².

Interessa-nos a constatação desta última hipótese para aferir se a situação que temos em mãos – a indução negligente em erro - origina responsabilidade pré-contratual. No quadro daquela, o que se verifica é precisamente o desrespeito por deveres decorrentes da boa-fé na medida em que é prestada uma informação incorreta, errónea ou inexata que induz o declarante em erro, com culpa (ainda que mera) por parte do declaratório.

Mais acrescentamos que, de olhos fitos nos pressupostos cumulativos a preencher para a verificação de responsabilidade pré-contratual não nos parece que seja edificável qualquer dúvida quanto ao surgimento da obrigação de indemnizar fundada na *c.i.c.* em consequência da violação de tais deveres no âmbito da situação descrita. Até porque fazê-lo (questionar da fidelidade desta asserção) constituiria uma antinomia, a nossa ver, incomportável – “*implicaria tratar de forma desigual situações que são materialmente análogas*”¹⁶³ – pois não poderíamos justificar a discrepância de tratamento entre vítimas lesadas pela violação de deveres pré-contratuais de informação e vítimas lesadas pela violação de quaisquer outros deveres surgidos no período de formação do contrato,

¹⁶¹ ANA PRATA, *Notas sobre...ob. cit.*, pp. 22 e 23.

¹⁶² MÁRIO JÚLIO ALMEIDA DA COSTA, *Responsabilidade Civil...ob. cit.*, p.36.

¹⁶³ Em MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O problema da indução...ob.cit.*, p. 324, a autora afirma mesmo que aceitar esta desigualdade de regime seria retirar aos deveres que surgem no período pré-contratual a sua “*força de juridicidade*”, desprovendo-os de “*carácter sancionatório*”.

beneficiando aqueles e prejudicando estes, possibilitando e impedindo (respetivamente) a exigibilidade de uma indemnização ao abrigo do 227ºCC.

7. O interesse contratual negativo

Atualmente é reconhecida e acolhida, pela fatia maioritária da doutrina nos diversos ordenamentos jurídicos, a dicotomia *interesse contratual negativo* - *interesse contratual positivo*¹⁶⁴. Igualmente aceite é, entre nós, ao nível doutrinário e jurisprudencial, a mencionada distinção que, por desvelar uma especial relevância prática no âmbito de aplicação de indemnização por responsabilidade pré-contratual, justifica, desde logo, o chamamento que dela fazemos para o estudo da problemática em causa.

Para que, embora em largas linhas, compreendamos o que alimenta cada uma das noções enunciadas importa constatar, à luz do pensamento de PAULO MOTA PINTO, que o *interesse* a que fazemos referência equivale à “*situação correspondente à não verificação do evento que, segundo a previsão de responsabilidade em causa, obriga a indemnizar*”¹⁶⁵, querendo isto dizer que não é concebível, aprioristicamente, determinar em que consiste o interesse negativo e o interesse positivo, mas antes é preferível adotar como ponto de partida a fórmula hipotética que nos é sugerida e, face à situação concreta, identificar qual o evento lesivo gerador de responsabilidade bem como a situação que existiria se não se tivesse verificado a ocorrência do mesmo e, com efeito, analisando a realidade concreta¹⁶⁶, caracterizemos o interesse em causa como positivo ou negativo.

Do que ficou dito, é possível alinhar alguns pensamentos e demarcar, cautelosamente, mas pecando por falta de rigor técnico, os conceitos de interesse contratual

¹⁶⁴ De salientar que as designações que usamos, outrora apresentadas por Jhering, não são imunes a críticas e, por isso, outras se avultam, como é, naturalmente, compreensível em virtude da extensão e multiplicidade de sistemas jurídicos em que esta destriça se equaciona ainda que, assim, sob terminologias distintas. A este propósito, elencando as várias denominações que vão sendo edificadas e posicionando-se acerca da (in)conveniência do emprego de parte delas, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo...ob.cit.*, pp.735 ss.

¹⁶⁵ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo...ob.cit.* p. 744.

¹⁶⁶ São várias as possibilidades abarcadas pela premissa em causa, daí se depreende a necessidade de optar por uma construção de cariz geral e hipotético que não prejudique a inserção de nenhuma daquelas nesta. V., a este propósito, com maior detalhe PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo* p. 747.

positivo e de interesse contratual negativo considerando, por um lado, o interesse correspondente ao dano sofrido pelo credor de uma determinada obrigação que não a viu cumprida (ou adequadamente cumprida) pelo que constituirá a base da avaliação do prejuízo do mesmo esse interesse que representará tudo aquilo que o credor teria tido em fruto de um curial cumprimento da obrigação por parte do devedor e, por outro, o interesse que traduz a confiança que foi depositada na validade e eficácia do contrato celebrado (ou a celebrar).

Coadunando o dito com o que expusemos já sobre o requisito do dano para a aferição da responsabilidade pré-contratual importa, para a nevrálgica questão que move esta dissertação, tentar adequar a compreensão que até agora elaborámos acerca do interesse contratual negativo de modo a ser possível a extensão às situações em que não está em causa a confiança depositada na celebração de um contrato nem no facto de o mesmo ser válido e eficaz, mas antes se equaciona a celebração de um *contrato indesejado*¹⁶⁷, isto é, um contrato cuja celebração foi unicamente animada pela circunstância decursiva da violação de um dever pré-contratual decorrente da boa-fé, *rectius* de um dever pré-contratual de informação, e, neste sentido, acaba por revelar-se como inútil (ainda que parcialmente).

Nestas hipóteses – *maxime* a de indução negligente em erro – as soluções são diversas. Não releva, a este momento, anunciar quais as respostas propostas nem debater a sua bondade, bastemo-nos em sublinhar que nas situações em apreço tende a considerar-se a celebração do contrato (ou os termos em que operou) como sendo o próprio dano a ressarcir, i.e., visualizar “*o contrato como dano*”¹⁶⁸ e, neste sentido, reconduzimos o fundamento da responsabilidade que aqui tem lugar (independentemente da modalidade que revista) a um dano indemnizável em razão do interesse contratual negativo, visando colocar o lesado na situação em que estaria caso o contrato não tivesse sido celebrado ou o tivesse sido noutros termos.

¹⁶⁷ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo...ob.cit.* p. 755.

¹⁶⁸ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo...ob.cit.* p. 756.

8. Interesses na Responsabilidade Pré-contratual vs Interesses na Invalidade

Em vista de nos cumprir, a este ponto, enveredar por caminhos que nos coloquem em posição de optar, de entre as soluções até agora lançadas, pela que melhor cuidará do tratamento da nossa *vexata quaestio* e assim, averiguar da bondade ou não da admissão da desvinculação negocial em consequência da responsabilidade pré-contratual nas hipóteses de indução negligente em erro, importa elaborar aquilo que podemos designar de uma breve análise comparatística dos fundamentos e interesses atinentes e subjacentes por um lado, à invalidade e por outro, à responsabilidade pré-contratual. O que nos move nesta investigação por entre os cordéis do substrato teleológico de cada um dos citados institutos e, por isso, consume o nosso foco (em ordem de não nos dispersarmos no cosmos imenso que representa esta temática) é a aferição da (in)existência de uma harmonização ou confluência de interesses por um e outro tutelados a par da *ratio* que lhes cabe e a (im)possibilidade de, a partir dessa, decidir pela (im)possibilidade de harmonização dos regimes jurídicos que lhes competem e consequente (in)admissibilidade de desvinculação negocial por via da indemnização resultante da *c.i.c.* quando a mesma não seja alcançada acionando o regime anulatório.

Parece-nos, relativamente aceitável dizer que, face ao que ficou exposto, o interesse primordial que constitui a tutela de proteção conferida ao lesado por via da invalidação do negócio (alcançada mediante os regimes anulatórios de anulabilidade e nulidade) consiste na *salvaguarda da liberdade da decisão negocial* ao passo que ao instituto da responsabilidade pré-contratual cumpre *proteger o património*, na medida em que visa a prevenção e a reparação das consequências provocadas pelo dano na esfera jurídica do lesado.

8.1. Estanquicidade na tutela de interesses?

Esta conceção simplista do escopo que a cada regime cabe não é errada, mas é aquilo mesmo – simplista e pode, por isso, pecar por falta de dedicação e atenção a fundamentos

que, ainda que não ocupem o primeiro plano na mesma, podem integrar ainda o espírito destes institutos. Por reconhecermos imprudente a desconsideração de outros interesses que possam valorar a atuação destes mecanismos (ainda que não sejam dela direto fundamento), é importante problematizar a estanquicidade que parece teimar.

Na situação que se encontra em estudo – a indução negligente em erro – a responsabilidade (pré-contratual) acionada tem na sua origem a violação de um dever pré-contratual de informação sobre o qual já tivemos oportunidade de, com algum desenvolvimento, debater. A questão que concretamente se coloca é a de saber se a responsabilidade por violação desta categoria de deveres partilha dos fundamentos teleológicos inerentes aos regimes anulatórios previstos para os vícios da vontade, com destaque para o erro e o dolo. Explorados que estão os últimos, analisaremos os primeiros.

Não parece novidade que intrínsecas à *ratio* da responsabilidade civil, em geral e pré-contratual, em particular estão exigências relacionadas com a proteção do património, até porque a função que, automaticamente, a esta se atribui consiste no ressarcimento dos danos que afetem a esfera jurídica do lesado, contudo urge questionar se tal função esgota a índole desta responsabilidade.

Se atentarmos aos fundamentos da responsabilidade civil dotados de maior grau de acessibilidade e exposição não parece complexo depreender, para a situação em estudo, o *modus operandi* deste instituto no que toca à proteção do património – aquando da violação do dever pré-contratual de informação, manifesta sob ausência de informações que deveriam ser prestadas ou sob a prestação das mesmas de modo incorreto e/ou inexato, são gerados danos de carácter (meramente) patrimonial que não surgiriam caso o mesmo fosse diligentemente cumprido e que, sendo dignos de tutela, conferem, na esfera jurídica do lesado, o direito a ser, pela verificação daqueles, ressarcido.

A par desta verdade, há quem outra agigante, ainda que extraída do substrato (menos imediatista) deste dever, e que encontra alicerces, em certa porção, a nosso ver, nos próprios elementos que o definem. Ora, deixámos exposto que o dever pré-contratual de informação reveste uma de duas vertentes – positiva ou negativa – pelo que uma conduta subordinada ao mesmo deve pautar-se por um lado, em obediência à primeira, pela prestação de toda e qualquer informação sobre a qual recaia a característica da essencialidade para a esclarecida formação da vontade e por outro, em respeito da segunda, pelo não fornecimento de informações falsas, erróneas e inexatas e, assim, perturbadoras do processo formativo da

vontade¹⁶⁹. Mas será daqui viável defender que atinente à *ratio* da norma que determina como um dos campos de atuação da responsabilidade pré-contratual as hipóteses em que se verifique violação do dever de informação, nos moldes apresentados, se encontra uma preocupação em salvaguardar a liberdade de decisão negocial do declarante na medida em que o cumprimento daquele dever pretende o acesso a informações fundamentais à garantia da formação de uma vontade elucidada e, assim, verdadeiramente livre¹⁷⁰? Parece-nos precipitado.

Tomamos uma posição que claramente rejeita a estanquicidade de interesses tutelados por um e outro instituo – defendemos que, em certa medida, como temos pensado, em diversos momentos parecem confluir – contudo não cremos que só por isso se possa propugnar que a *ratio* e o fundamento de ambos é idêntico (como veremos *infra*).

VI. TRATAMENTO DO PROBLEMA

Face ao problema constantemente patenteado no corpo da presente dissertação, fomos já avançando, no plano hipotético, fórmulas para proceder à sua resolução. É agora momento de explorar cada um desses caminhos.

1. Silêncio da nossa lei

Estreámos esta investigação com a afirmação de que a mesma versa sobre questões destituídas de tratamento jurídico e, reiteramos, agora, essa carência de pronúncia expressa por parte do legislador português a respeito da matéria¹⁷¹.

Partindo deste silêncio e com destino à resposta da questão que aqui nos reúne,

¹⁶⁹ V. ANA PRATA, *Notas sobre...ob.cit.*, pp. 65 e 66.

¹⁷⁰ Neste sentido, remata EVA MOREIRA DA SILVA afirmando que “*A informação verdadeira, adequada e completa permite às partes negociar de acordo com os seus interesses, poupando-as dos danos provenientes da celebração de um negócio desfavorável*”, em *O Dever Pré-contratual...ob.cit.*, p. 87.

¹⁷¹ À dissemelhança deste silêncio que, entre nós, é observável, existem diplomas legislativos internacionais que atribuem solução legal expressa à problemática suscitada pela figura da indução negligente em erro. Neste sentido e resolvendo a situação em assunto ao abrigo de uma convocação do regime do erro, adotando a tese de KRAMER da distribuição inicial do risco, os PRINCÍPIOS UNIDROIT, os PECL e orientado na mesma direção, o DCFR. Para análise mais atenta da regulamentação, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 215 a 245.

NUNO PINTO OLIVEIRA afirma poder considerar-se como rumo a tomar um de quatro caminhos, segundo tomemos uma de duas posições, atentemos: atribuir-lhe o sentido daquilo que já designámos de *silêncio eloquente* da lei e daí depreender que, por não estarmos perante uma lacuna, deve ser negada a relevância à indução negligente em erro e rejeitar, lapidariamente, a desvinculação negocial ou, de modo diverso, entender este silêncio do legislador como uma lacuna a preencher por uma de três vias, nomeadamente, pelo remédio ressarcitório da restauração natural em sede de *c.i.c.*, pela aplicação (direta ou por analogia) do regime do dolo ou corrigindo o regime do erro de modo a abarcar qualquer erro que tenha sido causado (também) pela contraparte¹⁷².

1.1. Irrelevância da indução negligente em erro

a) *Dogma do dolo?*

Relembremos, apenas, por desnecessidade de iteração de tudo o que até agora cogitámos sobre o dolo e o seu regime, que o mesmo vem previsto no 253º CC e da sua letra pode resultar, a quem possua uma visão tradicional (remota já ao direito romano), que aqui cabe apenas a indução em erro carregada de *intencionalidade* ou *consciência* de induzir ou manter em erro o declarante ou dissimular aquele – o dolo positivo, a *consciência de induzir* será ainda (e só) reconduzida, pelos apologistas da perspectiva mais conservadora do conceito, a esta categoria de dolo, sob a modalidade de dolo eventual e o dolo omissivo, respetivamente. Admitir esta compreensão da norma quererá dizer, assim, que não comporta os casos de indução negligente em erro? Parece-nos que sim. O teor do 253º se interpretado à luz desta teoria¹⁷³, sem mais, determina a exigibilidade dos elementos de intencionalidade ou consciência (e por consciência tão-só entende dolo eventual) para a possibilidade de anulação por dolo e *a contrario* atribui irrelevância às condutas indutoras em erro exercidas com negligência. É neste sentido que segue a tese maioritária que vota as induções

¹⁷² V. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Direito das obrigações, vol. I, Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais – Elementos das relações obrigacionais – Direitos de crédito e direitos reais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 94 ss. (OLIVEIRA, *Direito das obrigações, vol. I, Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais – Elementos das relações obrigacionais – Direitos de crédito e direitos reais*, 2005)

¹⁷³ Sobre a qual teremos oportunidade de manifestar discordância, *infra*.

negligentes (quando não possam, recorrendo ao regime do erro, dirigir à anulação do negócio jurídico) à irrelevância por não encaixarem neste conceito de dolo.

Esta ilação coloca-nos a braços com uma incalável questão: só os comportamentos dolosos despoletam consequências jurídicas, no nosso ordenamento jurídico? Abraçamos um dogma do dolo informacional? Não reconhecemos consequências aos *comportamentos informacionais meramente negligentes*?¹⁷⁴ A resposta afirmativa a estas questões impõe a iniquidade desta solução que passa por atribuir irrelevância aos casos em que o declaratório tenha, por meio de prestação de informações incorretas, erróneas ou inexatas, induzido em erro, de modo negligente, o declarante.

Contudo, não cremos falhar se afirmarmos que não vigora entre nós, em dissemelhança do que sucede no panorama alemão, o dogma do dolo, isto porque, ainda que não negássemos que da interpretação restritiva dos artigos que tecem a disciplina jurídica do dolo (253º e 254º CC) brota uma omissão de consequências jurídicas para os comportamentos negligentes, outras normas se avultariam em sentido oposto (atribuindo relevância a condutas meramente negligentes) e não podemos não levar as mesmas em consideração, a respeito desta questão¹⁷⁵. A este ensejo, podemos rematar, com alguma segurança, pela falta de bondade da solução que passa pela irrelevância, rematando com a justificação que a mesma é prevista, pelo nosso legislador, no contexto ensaiado, mas assim não o faz por nos inserirmos num “*sistema jurídico onde esta figura é juridicamente irrelevante*”¹⁷⁶ (ainda que possa aparentar ser).

1.2. Existência de uma lacuna? Como preenche-la?

Não ficámos, após as considerações costuradas, convencidos de que o silêncio do legislador no que toca à indução negligente em erro signifique, obrigatoriamente, que a mesma seja prometida à irrelevância. Cabe-nos assim, equacionar a existência de uma lacuna e os possíveis mecanismos a mobilizar para o seu preenchimento.

¹⁷⁴ Questões oportunamente levantadas por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 68.

¹⁷⁵ A este respeito, considerar os diversos exemplos oferecidos pela Autora EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 68 a 79.

¹⁷⁶ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 80.

Vários são os argumentos que podem erguer-se para entender estarmos na presença de uma lacuna pela constatação do não tratamento, no plano jurídico-legal, de uma questão merecedora do mesmo. A nosso entender, esta dignidade de tutela legitima-se, em traços simplórios, mas certos, pelo facto de vivermos, hoje, num mundo em que a massificação das trocas comerciais é uma (cada vez mais) permanente realidade e, a par do inegável crescimento e complexificação do cosmos dos contratos surgem (e devem surgir) cada vez mais deveres pré-contratuais de informação direccionados a assegurar em primeira linha os interesses do consumidor e, mediatamente, a fluência, segurança e estabilidade no comércio jurídico e cremos que este propósito só é cabalmente atingido se à preterição daqueles deveres corresponderem consequências jurídicas.

a) Normas de validade vs Normas de comportamento

Até aqui o único campo em que a figura de indução negligente em erro manifestou ser dotada de relevância foi no da responsabilidade civil, nomeadamente, a nível pré-contratual. Apesar de (nos) parecer que esta figura possa merecer lugar no mesmo barco onde navegam as figuras jurídicas materializadas em sede dos vícios da vontade, será que podemos impor a presença daquela juntos destas? Ou, noutra cenário, admitir a desvinculação em consequência da *c.i.c.*? Ora, importa, deste modo, questionarmo-nos acerca de dois princípios que andam de mãos dadas – *o princípio da tipicidade das normas de validade* e *o princípio da não interferência das normas de comportamento nas normas de validade* – e, caso concluamos pela vigência destes, as situações em apreço não terão outro destino senão a condenação à irrelevância.

Relembremos que a relação obrigacional no âmbito da qual surge a hipótese de indução negligente em erro por ser em sentido amplo sem deveres primários de prestação é concretizada “*em normas sobre a validade ou a invalidade do contrato e em normas sobre a responsabilidade dos contraentes*”. Mais se acrescenta que, por um lado, a aferição das hipóteses passíveis de *responsabilidade dos contraentes* é feita com recurso à cláusula geral

que as estipula, mediante “o que se retira das formas sociais padronizadas”¹⁷⁷ – o 227º CC e, por outro, as hipóteses capazes de gerar a invalidade do negócio estão tipificadas na lei. Dos últimos importam-nos os vícios da vontade e esses “são três – e só três – o erro, o dolo e a coação”¹⁷⁸.

Poderá influir-se que, face às diferenças acentuadas entre as conceções de um e outro tipo de normas, estamos perante regras autónomas cuja disparidade de funções veta o exercício de influência de uma sobre a outra?¹⁷⁹ Poderá, em virtude da enumeração rigorosa dos vícios da vontade, pregar-se pela tipicidade das normas de validade? Cremos que, entre nós, esta questão não assume relevantes contornos e a resposta em sentido negativo é justificável em vários aspetos¹⁸⁰.

Principiemos por constatar que é a própria lei que, ao prever figuras como o dolo omissivo e o dever pré-contratual de informação admite que regras de comportamento tenham interferência nas regras de invalidade e acabemos, também, por nos afastar da ideia de que as normas de validade se encontram muradas a qualquer abertura até porque a própria lei, *rectius* o 253º, n.º 2, faz uso de conceitos vagos e abertos, “conceções dominantes no comércio jurídico”, só determináveis em função do contexto económico-social que, como sabemos, não apresenta estabilidade. O mesmo preceito ao referir que a origem de um dever pré-contratual de informação pode residir na lei e tendo em conta que o 227º nada mais é senão lei, esta “aplicação da norma de boa fé para se determinar o âmbito do dolo omissivo implica, necessariamente, uma enorme abertura e flexibilidade”¹⁸¹.

Com efeito, temos portas abertas para ir em descoberta daquela que será a mais adequada solução ao nosso caso e, pelo menos em razão da relação sistemática entre normas de validade e normas de comportamento, nada obsta a que a mesma se atinja “de forma

¹⁷⁷ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 82.

¹⁷⁸ V. NUNO PINTO OLIVEIRA, *O dogma da tipicidade dos vícios da vontade...ob.cit.*, p. 68.

¹⁷⁹ Sobre todos os contornos que esta problemática assume no ordenamento jurídico italiano, integrando análises às teses edificadas por GIOVANNI D’AMICO, MANTOVANI, VISINTINI, SACCO, CARUSO e TRABUCCHI, v. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 80 ss.

¹⁸⁰ Os mesmos expostos com minúcia em EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 102 ss.

¹⁸¹ Vide EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 103.

*direta e imediata, o regime da culpa in contrahendo; de forma mediata, eventualmente por via de uma aplicação analógica, o regime dos vícios da vontade.”*¹⁸²¹⁸³.

b) *Através do regime do erro*

Principiemos por reiterar que se lançarmos sobre a nossa ordem jurídica um olhar menos problematizante e crítico, da letra da lei resulta o que pode, nesta perspetiva, corresponder à solução pretendida pelo legislador para as situações de indução negligente em erro. Sobre este ponto atendemos já a algumas auscultações e nos permitimos, ao encaixar as situações *sub judice* no regime-padrão do erro, aferir que daqui duas hipóteses de tratamento às mesmas desabroçam – relevância se o erro em que o declarante é induzido diz respeito à *pessoa do declaratário ou ao objeto do negócio* e o declaratário tinha conhecimento ou cognoscibilidade da *essencialidade* (para o declarante) *do elemento sobre que incidiu o erro* ou não o sendo é, no entanto, relativo a um motivo cuja *essencialidade* foi, *por acordo* das partes, *reconhecida* ou irrelevância se o erro recai sobre motivos que não os expostos e, assim, considerado mero erro sobre os motivos. A relevância ou irrelevância do erro traduz-se na possibilidade ou impossibilidade de, com fundamento nele, arguir a anulabilidade do negócio¹⁸⁴.

Subsiste, entre nós, o princípio da irrelevância do erro – o que não nos choca se levarmos em razoável consideração valores dominantes no mundo jurídico com sejam a tutela da legítima confiança ou a segurança e certeza jurídicas – pelo que perante uma das situações tipificadas no nosso Código relevará o motivo sobre o qual incidiu o erro do declarante.

Existe quem, ainda que falemos de olhos fitos no ordenamento jurídico alemão, pareça fornecer critérios com um maior ângulo de ponderação face à situação do *errans* e nos quais poderíamos alicerçar-nos a fim de combater a aparente injustiça e desadequação

¹⁸² EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 105.

¹⁸³ Discordamos da Autora quando refere que a aplicação do regime do dolo como eventual solução para a problemática só será exequível mediante aplicação analógica ou, como chega a referir, na melhor das hipóteses, por interpretação extensiva (hipótese que, no seu estudo acaba por reconhecer não ser aplicável).

¹⁸⁴ Este entendimento salta-nos da conjugação dos 251º (e sua remissão para o 247º) e 252º do CC.

resultante da aplicação dos requisitos que a nossa lei estabelece. Falamos de KRAMER que formula uma coesa teoria em torno da distribuição do risco do contrato¹⁸⁵ da qual gabamos o espírito protecionista que nos faz indagar sobre a justiça de uma solução que passa por ditar ao declarante que suporte, sozinho, o erro em que foi induzido, “*é justo que o erro do errans recaia só sobre ele – não podendo este anular o contrato – mesmo que este erro também tenha sido compartilhado pela contraparte?*” e de impulso retorquir, munidos do sentido de justiça comungado por todos, que “*se a contraparte também é responsável pelo erro, também deve arcar com o risco de uma eventual anulação do contrato*”¹⁸⁶.

Reiteramos a bondade da índole dogmática subjacente a este pensamento, todavia despimos o mesmo de relevância no seio do nosso ordenamento, fundados na clareza com que compreendemos o princípio da irrelevância bem como os requisitos em prática, entre nós, para o superar. De igual modo, não nos parece preferível descaracterizar o regime do erro como o conhecemos a procurar soluções que possam coadunar-se, em maior e melhor medida, com a indução negligente em erro até porque, à nossa ótica, parece falhar um ponto capital - a assimilação da intencionalidade problemática da indução negligente em erro pela intencionalidade problemática da norma que determina o regime jurídico do erro, isto porque nos parece que subjacente à *ratio* da última não estão critérios que possam ser aplicados à *indução* em erro. Antevimos, aquando da primeira abordagem que realizámos ao regime do erro, que este configura um *vício endógeno da vontade* que, por ser formado no íntimo psicológico do declarante não deve onerar, para além do razoável, o declaratório na medida em que o último, não tendo exercido qualquer influência para que se gerasse o erro, não merecesse que seja desconsiderada a confiança que depositou na validade do negócio. Adiantamos já indícios do que acabaremos por concluir *infra* – que a ausência, na esfera do declaratório, de uma confiança digna de tutela (por este ter agido com, ainda que mera, culpa) justifica a mobilização de um regime que não seja orientado com vista à tutela daquela¹⁸⁷¹⁸⁸.

¹⁸⁵ No mesmo sentido os PRINCÍPIOS UNIDROIT, no seu artigo 3.5 e os PECL, no seu artigo 4:103.

¹⁸⁶ Passagens de EVA MOREIRA, a Autora explora este critério e discute a possibilidade da sua aplicação à nossa legislação, v. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 273 ss.

¹⁸⁷ Em consonância com o que acabamos de elucidar e no sentido do afastamento do regime do erro para a resolução da controversa questão, consultar EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 12 ss.

¹⁸⁸ A propósito de outros motivos argumentáveis para o afastamento deste regime, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 114 e 115.

c) *Através da culpa in contrahendo*

Admitindo que para a situação em estudo não é possibilitada ao induzido em erro a libertação do contrato indesejado (ou mesmo inútil) a que se encontra vinculado, com fundamento nos regimes do erro ou do dolo, ensaiaremos outra hipótese que decorre da aplicação da responsabilidade pré-contratual e consiste na possibilidade de desvinculação negocial com fundamento na restituição natural prevista como primeiro remédio ressarcitório daquela.

É verdadeiro e, por isso, pacífico na doutrina que a violação dos deveres pré-contratuais de informação concernentes à hipótese em apreço resulta na obrigação de indemnizar alicerçada no 227º CC. A questão que se levanta consiste, como já tivemos oportunidade de desvelar, em saber por que via a mesma será operável, i.e., saber se poderemos lançar mão do princípio da restituição natural e atingir, pelos braços deste, a desvinculação negocial.

i) Posições contra a desvinculação indemnizatória

Uma das soluções passa por rejeitar tal possibilidade com apoio no argumento de que não deverá permitir-se, mediante o instituto da responsabilidade pré-contratual, aquilo que o legislador não previu – possibilidade de invalidar o negócio jurídico enraizado numa indução negligente em erro – naquele que *aparenta* ser o campo de constatação desta problemática – o dos vícios da vontade. Este argumento ganha validade se for apologizada a “*ideia de que as funções de cada um destes institutos são diferentes e autónomas e de que nenhum deve imiscuir-se nas funções do outro*”¹⁸⁹, pelo que para os defensores do preenchimento desta lacuna com recurso ao regime da *c.i.c* é imperativo que, além de conseguirem proceder à integração da *intencionalidade problemática* da questão em estudo na *intencionalidade problemática* da responsabilidade pré-contratual¹⁹⁰ – o que, em

¹⁸⁹ V. Eva Sónia Moreira da Silva, *Da Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 228 e 229.

¹⁹⁰ Em MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 324, seguindo o pensamento da Autora não se conhece qualquer circunstância que obste à assimilação descrita pois, segundo a Autora (e no sentido do que já tínhamos exposto) “*não se duvida que a violação de deveres de informação na*

consonância com o exposto supra, é facilmente conseguível consigam também estabelecer uma relação de complementaridade funcional entre os institutos dos vícios da vontade e da *c.i.c.* pois só à luz da mesma não seria ilógico reconhecermos ser admissível, porque o é, a mobilização do instituto da responsabilidade pré-contratual em simultâneo à aplicação do regime anulatório fundado no erro ou no dolo e não assim pensarmos quando os pressupostos deste último não se verificarem¹⁹¹.

ii) *Rejeição de uma relação de complementaridade entre os Vícios da Vontade e a RPC?*

Já não se configura uma operação tão simples fundamentar esta conexão funcional entre as figuras jurídicas em apreço pois não se mostra suficiente o simples facto dos valores tutelados por um e outro confluírem – como, já admitimos, suceder¹⁹². Isto porque, não obstante reconhecermos, por um lado, que o regime dos vícios da vontade “*não esgota a proteção jurídica da liberdade de decisão*”¹⁹³ pelo que haverá espaço a que outros institutos, aqui a *c.i.c.*, se ocupem ainda da mesma e por outro, que também assim os “*interesses patrimoniais*”¹⁹⁴ subjacentes ao princípio do ressarcimento de danos que orienta a responsabilidade civil entrem em jogo no âmbito dos vícios da vontade, é necessário daqui extrair uma ponte que nos permita tomar os fundamentos de um e outro por idênticos.

Seria prudente avançar com a afirmação de que os fundamentos na *ratio* de cada instituto são equivalentes, pela simples circunstância de tutelarem os mesmos valores? Tendemos a responder negativamente. E atrevemo-nos a afirmar que aqui nos parece habitar a colossal falácia desta posição¹⁹⁵.

fase pré-contratual, quando sejam impostos pela boa-fé e haja culpa da parte de quem os oblitera, possa gerar responsabilidade pré-contratual”.

¹⁹¹ Acerca desta perspectiva de raciocínio orquestrada por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 325.

¹⁹² Não negamos, antes concordamos, que no íntimo da aplicação da responsabilidade pré-contratual estão preocupações de foro semelhante às da aplicação do regime dos vícios da vontade, nomeadamente, no que toca à salvaguarda da decisão negocial, mas que, por si só, não moveriam o instituto.

¹⁹³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 321.

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ Posição edificada por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA em *Da Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp.230 ss. que conclui pela existência desta conexão funcional entre os regimes e, assim, propugna a admissibilidade da “*destratação do negócio*” mediante a restituição natural. Vem, depois, a Autora retificar a sua posição em *As Relações entre a Responsabilidade...ob.cit.*, p. 386, onde encerra o estudo

Creemos que os interesses tutelados e os fundamentos que mobilizam a atuação dos institutos em assunto não são confundíveis, senão vejamos: em sede dos vícios da vontade, independentemente do que deixámos dito¹⁹⁶, a possibilidade de anulação do negócio jurídico ferido de invalidade encontra o seu *fundamento* na salvaguarda da liberdade de decisão negocial, tendo como motivo primário o “*remédio para as situações em que o negócio sofre de uma patologia que afeta, ab initio, a sua validade*”, não se reportando a ideais ligados com “*a responsabilização de um pretense lesante*” nem com a existência de um dano até porque a mesma “*não releva ao nível do regime dos vícios da vontade*”, tão assim é que a fim de prosseguir a tutela plena e eficaz que lhe cumpre – da vontade, *rectius da liberdade da vontade contratual*¹⁹⁷ – é, neste plano, admissível que se mobilize o regime da *c.i.c.* visando, com a indemnização pelo mesmo atribuída, assegurar a proteção daquela na sua totalidade (quando assim não seja possível somente pela invalidação do negócio); em sede de responsabilidade pré-contratual, é facilmente desconstruída a ideia que assenta na consideração da salvaguarda da liberdade da decisão negocial como móbil da intervenção da mesma pois reconhecemos que, ainda que seja tida em conta – que o é – não é o fundamento da sua convocação, este consiste naquilo que podemos designar, na linha de MAFALDA MIRANDA BARBOSA e lembrando a dogmática de CARNEIRO DA FRADA sustentada no elo infrangível entre a *c.i.c.* e a confiança¹⁹⁸, de “*confiança normativizada por uma ideia de boa fé*”¹⁹⁹.

Assim, fundar a relação de complementaridade dos institutos no argumento de que as razões motivadoras de cada um são idênticas cai por terra pois, reiteramos, os interesses que gravitam em torno de ambos podem assemelhar-se, mas não os respetivos fundamentos. O que fica provado, face ao mencionado, tanto pela – no seio dos vícios da vontade – mobilização do instituto da responsabilidade pré-contratual não a título complementar, mas antes (e tão-só nessa medida) como mecanismo para “compensar o dano remanescente”²⁰⁰

reconhecendo o regime do dolo como a via mais adequada a solucionar as questões em discussão (ainda que o faça sob a mobilização da figura da analogia).

¹⁹⁶ Relativamente ao instituto da *c.i.c.* ter em consideração interesses patrimoniais, os mesmos não relevam para a determinação da anulabilidade do negócio.

¹⁹⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 327.

¹⁹⁸ Elo a partir do qual o Autor orquestra a “*teoria pura da confiança*” a propósito da defesa de uma terceira via de responsabilidade civil e, mesmo, da hipótese de uma quarta via. Sobre este ponto, CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» ...ob.cit.* e *Teoria da Confiança...ob.cit.*, *passim*.

¹⁹⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 327.

²⁰⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 328.

após a invalidação do negócio²⁰¹ como pela – no seio da responsabilidade pré-contratual – existência de situações em que, evidentemente, se denota que é esta conceção de confiança que justifica a *c.i.c.*, vejamos²⁰² duas categorias de hipóteses, primeiro aquelas em que aquele a quem cabe o direito de arguir a anulabilidade do negócio jurídico não é quem detém a legitimidade para acionar a responsabilidade pré-contratual – sirva de exemplo a situação em que o declarante incorre, com culpa, em erro acerca do objeto negocial possui o direito de invalidar o contrato, por via do regime anulatório previsto para o erro, disto pode, contudo, resultar para o declarante a obrigação de indemnizar o declaratário (imagine-se, em caso concreto, que o declaratário-vendedor vendeu ao declarante-comprador um determinado objeto e, em virtude de o ter feito, deixou de vender esse mesmo objeto a um outro pretendo comprador). Do exemplo apresentado se extrai, com relativa clareza, que não é a liberdade de decisão negocial que fundamenta a responsabilidade pré-contratual pois se assim fosse teria legitimidade para invocar a mesma quem visse a sua liberdade de vontade afetada, o que não sucede. Antes é reservado o direito a ser indemnizado àquele que viu frustrada a sua confiança na validade do negócio – daí que falemos numa indemnização do dano da confiança²⁰³. O segundo grupo de situações que atestam o que acabámos de postular prendem-se com os casos de rutura injustificada de negociações pois como poderia admitir-se ser a salvaguarda da liberdade de decisão negocial o interesse primordial subjacente à atuação do instituto da *c.i.c.* quando, vingando o princípio da liberdade contratual, ainda assim há lugar a indemnização?

Podemos, a esta hora, posicionar-nos acerca desta complementaridade entre os institutos, negando-a.

O até aqui tecido permite que optemos por considerar possível a aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual *independentemente* da verificação dos pressupostos exigidos para a arguição da anulabilidade do negócio jurídico em sede de vícios da vontade. Se assim é, debatemo-nos agora com a bondade do remédio ressarcitório da restituição natural, segundo o qual é possível, nos termos expostos, que a *c.i.c.*, opere.

²⁰¹ Corrobora a nossa posição o facto de não ser prevista, para a cobertura do dano remanescente, unicamente a convocação do instituto da responsabilidade pré-contratual, mas também, por exemplo, a responsabilidade extracontratual, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 327, nt. 28.

²⁰² Ambos os exemplos que se seguem são patrocinados por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 327.

²⁰³ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...ob.cit.*, p. 369.

Deixemos em aberto, pendente de conclusão, o raciocínio que até aqui estruturámos no sentido, primeiro da impossibilidade e finalmente da possibilidade de desvinculação negocial como consequência da responsabilidade pré-contratual para abrir espaço a futuras observações, nomeadamente a uma interpretação que, partindo de fundamentos contrários, desde logo aceita esta desvinculação pela *c.i.c.* e a um confronto posterior baseado nas consequências e objeções que a admitir-se, esta, comportaria quando aplicada com o regime dos vícios. Estes parênteses decerto nos auxiliarão no ensaio de considerações dotadas de maior riqueza e, acreditamos, correção.

iii) Posições a favor da Desvinculação indemnizatória

A proposta de solução que habita na admissibilidade de, ao abrigo da convocação do instituto da responsabilidade pré-contratual, ser conseguida a libertação de um contrato indesejado levanta-se em consequência da suposição (da qual não comungamos) de que a questão da indução negligente em erro não pode ser resolvida mobilizando os institutos em sede de vícios da vontade. Desde logo, em sentido afirmativo à questão de saber se é possível obter-se a desvinculação negocial por via do regime da *c.i.c.* vem a resposta dada pela disciplina jurídica alemã.

iv) Tratamento da questão à luz do ordenamento jurídico alemão

A questão que hoje nos coloca em debate foi, outrora, problematizada na Alemanha e aqui foi, pela primeira vez, cogitada uma resposta pelo pensamento deste mesmo ordenamento jurídico. A 31 de Janeiro de 1962 foi conhecida aquela que seria a pioneira decisão pensada para os casos de indução negligente em erro, em geral e para o caso *Kreissäge-Entscheidung*. O mediático caso conta a celebração de um contrato de compra e venda de uma serra-circular na qual o comprador evidencia ao vendedor que lhe era essencial que a nova serra pudesse funcionar num determinado perímetro pelo que, questionando o

funcionário sobre se tal seria possível o mesmo, após medir o local, respondeu em sentido afirmativo, contudo o que veio a verificar-se aquando da entrega da serra é que a mesma, por ser maior que o espaço que lhe era destinado não poderia ali ser colocada e ali funcionar. Aqui foi decidido não estarmos perante um erro sobre o objeto do negócio pois as medidas em causa não tinham sido alvo de negociação, mas antes perante, sob a forma de prestação de uma informação incorreta, uma violação de um dos deveres de proteção estipulados no período pré-contratual – o dever de informação (sobre o qual não adiciona repisarmos o que já dissemos) – assim, foi chamada solucionar este episódio a responsabilidade pré-contratual que assim o fez mediante a via da restituição natural, procurando tornar o comprador indemne ao permitir-lhe que se desvinculasse do contrato celebrado²⁰⁴²⁰⁵.

Esta solução foi alvo, em diferentes níveis, de pesadas críticas sobre as quais não acrescenta à natureza do nosso trabalho escrutinar²⁰⁶. Contudo, destaquemos duas das que mais impacto causaram à data, nomeadamente a dúvida acerca da patrimonialidade do dano que estava a ser ressarcido e a aparente injustiça (e mesmo ilogismo) presente na circunstância de ser atribuído ao lesado com as situações menos gravosas um prazo para invalidar o negócio maior do que o concedido ao lesado com as situações mais graves.

Relativamente à exigência do dano e da sua patrimonialidade:

À decisão jurisprudencial do BGH foi logo apontada como falha à aplicação do instituto da responsabilidade pré-contratual à situação *decidenda* a inexistência de um dano a ressarcir – o que vimos ser pressuposto essencial à atuação daquela – bem como, ainda que defendessem a existência daquele não lhe seria reconhecida patrimonialidade. O BGH revê a sua posição e esclarece que existe sim um dano – o contrato em si. Quanto à questão da

²⁰⁴ À luz do entendimento talhado pelo BGH, conceder ao comprador o direito de se desvincular manifestou-se na via adequada para o colocar na situação em que estaria se não tivesse acontecido o evento que despoletou a responsabilidade.

²⁰⁵ Para uma mais detalhada exposição do caso, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 116 ss. e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, pp.317 ss.

²⁰⁶ Num estudo mais intensivo, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 116 ss. observa criticamente as decisões jurisprudenciais para este caso paradigmático e os problemas face a elas levantados.

patrimonialidade do dano, o BGH vem reconhecer a última, ainda que com uma conduta desviada da teoria da diferença, protegendo o raciocínio segundo o qual a vinculação a um contrato indesejado consubstancia um dano relevante para efeitos de patrimonialidade²⁰⁷.

Relativamente à questão dos prazos injustos:

Aqui a crítica reside numa objeção que ainda hoje reconhecemos como uma inegável contradição valorativa da ordem jurídica. Veja-se: a admitir a desvinculação indemnizatória em sequência de uma indução negligente em erro, o prazo para fazer valer a mesma seria mais extenso do que aquele de que gozaria o induzido dolosamente em erro para exercer o seu direito de arguir a anulabilidade. Contra tal apreciação, os assertores da decisão proferida pelo BGH seguem firmes e, para correção da antinomia, sugerem que às situações de negligência seja aplicado o prazo previsto no §124 BGB, para os casos de indução dolosa²⁰⁸.

v) Situação atual no ordenamento alemão

Independentemente das críticas que foram avançadas e da superação de algumas delas, das quais, *infra*, ajuizámos, certo é que o BGB consagra, atualmente, uma posição orientada no sentido da decisão jurisprudencial que agitou, em tempos, a doutrina e, deste modo, reconhece ao lesado um “*direito indemnizatório de desvinculação do contrato concluído através da violação negligente da liberdade de decisão*” na medida em que a assume como um dos “*interesses juridicamente protegidos*” do § 241, n.º 2 BGB²⁰⁹.

²⁰⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, pp. 318 e 319.

²⁰⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, pp. 322 e 323.

²⁰⁹ Para uma exposição mais congruente, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 172

vi) À luz do nosso ordenamento

Entre nós, apologistas arrogados desta solução, ainda que com nuances entre as visões que ostentam, são PAULO MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e SINDE MONTEIRO²¹⁰.

Três vozes de peso que na defesa da mesma se levantam apoiados naquilo que, anteriormente, colocámos em debate – a identidade do substrato teleológico dos institutos dos vícios da vontade e a responsabilidade pré-contratual – e que vêm, contrariamente ao nosso pensamento, pronunciar-se pela afirmação da mesma. Ora, se a figura sobre a qual se discute teve lugar primeiramente na Alemanha e se lá já tinha sido alvo de críticas, a estes Autores é-lhes exigível que cumpram com argumentos capazes de descredibilizar as críticas que, pelo menos no contexto do caso *Kreissäge-Entscheidung* foram erguidas – e cumpriram.

Destaquemos, novamente²¹¹, as questões relacionadas com a existência de um dano ressarcível e a incoerência de prazos. Rapidamente são avançadas, por SINDE MONTEIRO, duas hipóteses aptas a calar as críticas apontadas: a asserção da celebração de um contrato indesejado como um dano que, não obstante se encontrar à sombra da teoria da diferença, releva “quando a contraprestação não é utilizável pelo lesado para os seus fins individuais”²¹²²¹³; a proposta de, considerando estarmos perante uma lacuna no que toca ao estabelecimento do prazo para estas situações, aplicar-se corretivamente o prazo de um ano estipulado para a anulabilidade no 287^o²¹⁴²¹⁵. Divergindo do entendimento quando ao último ponto, PAULO MOTA PINTO crê que não deva ser aplicado, em tom de correção, o prazo

²¹⁰ São-nos as visões dos três Autores apresentadas por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, em *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 323.

²¹¹ Porque das outras tantas objeções teremos, ainda, oportunidade de falar em discurso argumentativo da nossa tomada de posição quanto à problemática em estudo.

²¹² Assim expõe, na esteira do Autor, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual...ob.cit.*, pp. 236 e 237.

²¹³ Não colocamos, entre nós, como pressuposto essencial à ressarcibilidade do dano a patrimonialidade deste e, assim, permitimo-nos a esvanecer a teoria da diferença (bem neste sentido é hoje, de forma unânime, o ressarcimento de danos não patrimoniais) pelo que não nos choca que a configuração do contrato como dano em si próprio constitua fundamento à responsabilidade pré-contratual.

²¹⁴ Ainda sobre a questão dos prazos, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, em *Da responsabilidade pré-contratual...ob.cit.*, pp. 238 e 239 formula uma alternativa de interpretação dos prazos que se revela improficua por, como a própria Autora alerta, assenta em “considerações de ordem especulativa”.

²¹⁵ A propósito desta correção dos prazos, não nos faz muito sentido que seja aplicável o regime da responsabilidade pré-contratual e depois se chame à colação aspetos do regime do dolo para tentar dissimular as contradições que à primeira escolha reportam. Não seria mais coerente optar, por via direta, pela aplicação do regime do dolo? Disto cuidaremos, ainda.

estipulado para as situações de dolo pois entende que fazê-lo seria de uma *injustiça injustificável*²¹⁶ que “a vítima de violação de deveres pré-contratuais de informação fique numa situação pior do que a vítima da lesão de outros deveres pré-contratuais”²¹⁷.

São cada vez mais as reticências quanto à bondade desta solução e as certezas quanto à sua inadequação...

d) *Através do regime do dolo*

Retomemos, aqui, a posição que deixámos suspensa – rejeição da possibilidade de desvinculação negocial como consequência da responsabilidade pré-contratual – por considerarmos que, após nos debruçarmos sobre as razões subjacentes à admissibilidade de tal desvinculação e, nesse panorama, nos depararmos com alegadas antinomias jurídicas e objeções a vários planos, nos encontramos, a este momento, melhor munidos de uma globalizada perspectiva da problemática e aptos a, por forma a solidificar argumentos para a escolha da mais adequada solução à mesma, proceder a uma análise entre os regimes da *c.i.c.* e dos vícios da vontade e compreender *se e em que medida* a possibilidade de aplicação simultânea dos regimes pode gerar contradições sistemáticas e valorativas.

i) Os Vícios da Vontade e a Responsabilidade Pré-contratual

Acolher a possibilidade de desvinculação negocial em consequência da mobilização do instituto da responsabilidade pré-contratual nas hipóteses de indução negligente em erro pode desvirtuar o regime jurídico do dolo? É de questionar a utilidade desta figura

²¹⁶ Um argumento que volta a não nos convencer. Compreendemos a benevolência subjacente ao raciocínio do Autor, mas não poderemos falar de uma *injustiça injustificável* quando às vítimas de indução dolosa (e assim mais gravosa) é dado um prazo mais curto do que às vítimas de indução negligente (e assim menos gravosa) para fazer valerem os seus direitos?

²¹⁷ Passagem de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, em *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 323 aquando da explicação da posição do Autor.

jurídica?²¹⁸

Ora, esquematizemos, em instantes, o que até aqui foi alinhavado para que, com essas linhas teçamos raciocínios: não verificámos existir entre os institutos em jogo – a responsabilidade pré-contratual e os vícios da vontade – nenhuma relação de complementaridade ou dependência que justificasse a aplicação (somente) simultânea dos mesmos. Mais nos permitimos, agora aditar, que também não se manifesta uma *relação de especialidade* ou uma *relação de consunção* entre os já que, por um lado, são distintos “o fundamento e a finalidade dos institutos” e, por outro, “a assimilação do âmbito de relevância de uma hipótese em que se preveja a anulabilidade do negócio com fundamento num vício da vontade não esgota o âmbito de relevância da responsabilidade pré-contratual”²¹⁹.

Atentos à exposta independência funcional dos institutos, ainda que defendamos, como defendemos, que compartilham a preocupação da tutela e salvaguarda de interesses idênticos²²⁰, poderíamos concluir que nada obsta à atuação dos dois regimes em simultâneo. Contudo parece-nos precipitada esta asserção.

É comum e até frequente que, no seio do comércio jurídico, uma factualidade origine a aplicação sincrónica de ambos os institutos. Isto é pacificamente aceite e, de grande parte das vezes, não resultam quaisquer objeções a que assim seja, mas nem sempre assim é. Tomemos, como exemplo do que acabamos de dizer, duas situações distintas²²¹. Primeiramente sirva de exemplo ao tipo de situações em que nenhuma questão se ergue aquela em que o declarante incorre, com culpa, em erro acerca do objeto negocial e possui o direito de invalidar o contrato, por via do regime anulatório previsto para o erro, disto pode, contudo, resultar para o declarante a obrigação de indemnizar o declaratário. Em causa está uma factualidade que origina a aplicação dos dois regimes mas cujas pretensões por estes atribuídas têm titulares distintos pelo que cada um pode fazer valer o seu direito sem problemas de maior. Pensemos, agora num episódio (que retrata a situação típica de que

²¹⁸ Sobre isto, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, em *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 303 chega mesmo a indagar “Para que serviria este instituto, se tudo pudesse ser tratado com recurso à culpa in contrahendo?”

²¹⁹ Conforme sintetiza MAFALDA MIRANDA BARBOSA, em *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 328.

²²⁰ Deixámos, *supra*, evidente que, não obstante os pontos de convergência assinalados, as *ratios* e os fundamentos atinentes a cada regime denotam uma insofismável destriça.

²²¹ São-nos fornecidas por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, em momentos distintos do seu *Breve Apontamento*, mas parecem-nos perfeitas representações da perspetiva que aqui se pretende clarificar. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, em *O Problema da indução...ob.cit.*, pp. 327 e 352.

temos vindo a tratar) em que A, induzido negligentemente a isso, por B, incorre em erro no que respeita ao objeto negocial – ora, aqui se justifica, de um lado, a aplicação do regime dos vícios da vontade, nomeadamente em sede de erro, assumindo que o mesmo releva nos termos do 251º e 247º CC²²² e de outro, a mobilização da *c.i.c.* que atribui a A o direito a exigir uma indemnização a B em virtude deste preterir dos deveres pré-contratuais de informação²²³ – A vê-se possibilitado a arguir a invalidade do negócio, com fundamento no regime anulatório do erro, em sede dos vícios da vontade e arroga-se no direito de exigir uma indemnização, por via da *c.i.c.* Perante tal situação A tem uma pretensão de invalidar o negócio que, cumpridos os requisitos de relevância do erro, será procedente. Mas poderia num caso paralelo o mesmo erro sobre o objeto negocial não preencher o requisito da cognoscibilidade da essencialidade que lhe é exigível e, deste modo, a pretensão de invalidação ser improcedente.

É no âmbito de situações como a última avançada (em que a pretensão de anulação se verifica improcedente) que surge a polémica da (in)admissibilidade da desvinculação negocial em consequência do regime da *culpa in contrahendo*. Ora, se em sede dos vícios da vontade (que nos parece, pela génese da figura em apreço, o campo mais apropriado para a colocação da problemática) a anulação do negócio não é, por não se encontrarem preenchidos os requisitos que lhe são impostos, procedente, como podemos justificar que o seja em sede de responsabilidade pré-contratual? Não seria, aceitar tal antagonismo valorativo, desprezar o esforço levado a cabo, por parte do nosso legislador, ao tentar estabelecer (com a exigência de certos requisitos para a relevância do erro) um ponto de equilíbrio no jogo de interesses declarante-declaratário? Não seria injusto, para não dizermos contra direito, propugnar aquilo que seria, nestes moldes, um princípio geral de relevância de quaisquer erros – o que vai, inexoravelmente, contra o defendido no nosso ordenamento?

Defendemos a bondade do pensamento²²⁴ segundo o qual o legislador ao estabelecer requisitos para a anulabilidade do negócio perspetivou (aprioristicamente) como *excessivamente onerosa* a desvinculação que não os cumprisse. Disto nos resta concertar

²²² Relembremos que as situações de indução negligente em erro apenas são, em sede do regime do erro, votadas à irrelevância quando do mesmo isto resulte, do que significa que quando o erro assenta em motivos que, à luz da previsão normativa, relevam, a indução negligente em erro encontra, por meio dessa, a sua resolução.

²²³ Quanto à circunstância de a violação deste tipo de deveres despoletar responsabilidade pré-contratual já nos pronunciámos (pela positiva).

²²⁴ Entre nós orquestrado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 355.

que, à luz do 566º CC, “a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural (...) seja excessivamente onerosa para o devedor” e concluir pela inadequação da solução que passa por esta via.

Relembremos a primeira hipótese que mencionámos no contexto do segundo exemplo (quando o declarante é quem se arroga no direito de anular o negócio e, em simultâneo, deduzir uma pretensão indemnizatória e a pretensão de anulação se mostra procedente) que comporta, também ela, incoerências com o espírito da lei. A questão que aqui se coloca é a de saber se decorrido o prazo de um ano estipulado para o exercício do direito a arguir a anulabilidade do negócio, em consonância com o 287ºCC pode o declarante²²⁵. Parece-nos pecar por atingir, igualmente, ainda que com contornos diversos, a compatibilização de interesses que a nossa ordem jurídica tenta levar a cabo.

Verdadeiro é que, na situação descrita, o legislador considera a desvinculação negocial como o meio adequado para o lesado ver tutelados os seus interesses, mas ainda assim estabelece um prazo para que a mesma seja invocada. Esta opção legislativa não é, ainda, e na medida que o deva ser, expressão de zelo e proteção para com os interesses do declaratório? Parece-nos que sim.

Neste sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, expõe que, e não podíamos manifestar mais acordo, a *ratio* atinente à estipulação do prazo de um ano para exercer o *direito potestativo* de anular o negócio se justifica pelo facto de “à medida que o tempo vai decorrendo, as expetativas da contraparte vão-se sedimentando e estabilizando, passando o sujeito a confiar que já não poderá ver afetada a validade do negócio que foi celebrado” pelo que tendemos a responder em sentido negativo à questão de saber se expirado o prazo de caducidade para invocação da anulação do negócio pode o induzido em erro valer-se do prazo estabelecido em sede de responsabilidade pré-contratual quando o mesmo não tenha ainda prescrito²²⁶.

Rejeitando, de igual modo, a desvinculação negocial por restituição natural, se

²²⁵ Professando por uma solução corretora no que respeita ao prazo para invocar a desvinculação indemnizatória, FLEISCHER, MEDICUS e GRIGOLEIT, apoiados em vários argumentos, o prazo previsto no §124 faz, nas suas óticas, sentido, tal como demonstrado, com algum detalhe, por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, em *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 176 ss.

²²⁶ Ainda relativamente à justificação desta opção, consultar o argumento enérgico de MAFALDA MIRANDA BARBOSA que chama à colação o princípio da boa-fé e o dever de mitigação do dano que dele decorre, em *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 355.

pronuncia GRIGOLEIT²²⁷, ainda que com fundamentos dos quais duvidamos seriamente. Para o autor esta é impraticável seguindo a lógica que postula o regime do dolo consagrado no §123 BGB consubstancia um caso especial de responsabilidade pré-contratual e, destarte, aceitar aquela solução passaria por permitir, numa palavra, que o regime geral da *c.i.c* derogasse o regime especial do dolo subtraindo-lhe utilidade já que toda a indução (dolosa e negligente) seria resolvida à luz do primeiro, o que comportaria uma titanésca antinomia jurídica e sistémica. Comungamos do destino a que chegou o seu pensamento, mas já não dos passos dados até este na medida em que não acreditamos que a conexão estabelecida entre o regime dos vícios da vontade e da responsabilidade pré-contratual assenta numa relação de especialidade.

ii) Um renovado olhar sobre o dolo. Que conceito de dolo adotamos?

Cada vez mais cremos que a solução para a problemática em causa reside em sede dos vícios da vontade e, bem assim, no plano do regime do dolo.

Mergulhemos um pouco mais fundo nas águas em que se move o regime do dolo para aferirmos da adequação deste às situações de indução negligente em erro e, em caso afirmativo, determinarmos como deve operar-se, como deve o regime do dolo ser aplicado em vista a servir a solução mais apropriada àquelas.

Exibimos *ab initio*, com coerência com o legalmente exposto, que ao dolo enquanto vício da vontade não poderia faltar a nota de *intencionalidade*, pelo menos²²⁸.

Fala-se, em Itália, desta tese da intencionalidade do dolo que, apesar de fundada nas raízes históricas do instituto e embora pesando tal tradição, não deve, aos olhos de RODOLFO SACCO (e no que tange ao ordenamento italiano) continuar a ser defendida, alertando o Autor para, além das notáveis incongruências resultantes do “*contraste entre a relevância da intencionalidade para efeitos do regime do dolo e a irrelevância para efeitos*

²²⁷ A ótica do autor é-nos fornecida na monografia de EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 174 ss.

²²⁸ Diz-nos SACCO que já assim era no direito romano e no direito comum – era esta historicidade que sustentava a tese da intencionalidade do dolo, conforme enunciado por NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA em *Sobre o conceito de dolo dos artigos 892º e 908º do Código Civil* in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III., Coimbra Editora, 2007, p. 725. (OLIVEIRA, *Sobre o conceito do dolo dos artigos 892º e 908º do Código Civil*, 2007)

*de responsabilidade civil*²²⁹, a necessidade que, face à evolução social, se faz sentir a respeito da toma de medidas de cariz mais protecionista para o induzido em erro e que poderia passar pela atribuição de relevância, naqueles termos, a condutas meramente negligentes e que, por parte da disciplina da *c.i.c.* tem merecido atenção. SACCO estranha e rejeita a tese concordante com uma atitude que parece desconsiderar as induções em erro fruto de mera culpa.

Entre nós não parece colocar-se, nestes contornos tão rígidos, este problema – isto porque da letra (da nossa) lei resulta que o dolo pode revestir (em alternativa à nota da *intenção*) a *consciência* de induzir, manter ou dissimular o erro em que incorre o declarante, mas ainda assim se coloca – é necessário decidir pela amplitude que queiramos dar a esta consciência, se dilatada o suficiente para abarcar as situações de indução negligente (ainda que nos fiquemos, neste ponto, pelas condutas reveladoras de *negligência consciente*) se mais restrita, pensada para uma categoria do dolo – o *dolo eventual* .

Começemos por expor e contrapor os conceitos de dolo a que fizemos alusão, compreender em que sentido definitório do mesmo segue a doutrina e, a partir deste globo de ideias e pensamentos, construir o nosso e afirmar ou infirmar a orientação doutrinária.

Na diretriz do entendimento tradicional, acolhido, entre nós, por MANUEL DE ANDRADE²³⁰ que afirma que esta consciência é “*o chamado dolo eventual, em que o deceptor apenas encarou a possibilidade do engano*”, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO²³¹ que expressamente diz não existir lugar a dolo quando em causa esteja um “*erro provocado (...) sem intenção ou consciência (...) embora com negligência*”²³², GALVÃO TELLES²³³, PAULO MOTA PINTO²³⁴ e EVA MOREIRA²³⁵, tende a considerar-se o conceito mais restrito de dolo, o que significa que, colados a uma interpretação mais literal do epígrafado “*dolo*” no 253º CC, defendem que o excerto “*consciência de induzir ou manter em erro...*” é reconduzível, ainda, a uma modalidade de dolo – o dolo eventual.

²²⁹ Conforme reproduzido em NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA em *Sobre o conceito de dolo...ob.cit.*, p. 725 e bem assim na compreensão de SACCO.

²³⁰ V. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação...ob.cit.*, p. 262 nt. 3 *apud* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 338 a 340.

²³¹ Em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A Teoria Geral...ob.cit.*, p. 522.

²³² Desta frase é possível, com tamanha clareza, constatar que, na visão do Autor, intenção e consciência são reportadas a situações de dolo e, em hipótese alguma, a situações negligentes.

²³³ V. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral...ob.cit.*, p. 108 *apud* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 338 a 340.

²³⁴ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Falta e Vícios da Vontade ...ob.cit.* p. 482.

²³⁵ *Vide* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 337 ss.

Em sentido contrário, perfilhando de uma interpretação da norma, a nosso ver, mais modernizada e coadunante com os valores jurídicos hoje praticados, temos nomes como MAFALDA MIRANDA BARBOSA²³⁶, MENEZES CORDEIRO²³⁷, MENEZES LEITÃO²³⁸ E NUNO OLIVEIRA²³⁹. Defendem, os Autores, aquilo que tendencialmente se denomina por conceito alargado de dolo e, sustentados no mesmo, constroem raciocínios fundamentantes de uma atribuição de relevância às situações de indução negligente em erro no âmbito do regime do dolo. NUNO PINTO OLIVEIRA começa por esmiuçar este entendimento de conceito alargado de dolo e, desta feita, expõe liminarmente que o 253º CC é concernente a condutas intencionais e não intencionais e segue explicando esta perspetiva. Assevera que, no tocante ao dolo positivo, a estipulação legal “*abrange condutas intencionais e não intencionais: nas primeiras (...) dolo direto ou (...) dolo necessário (...) nas segundas (...) dolo eventual ou (...) negligência consciente*”²⁴⁰ (sublinhado nosso).

No mesmo sentido segue MAFALDA MIRANDA BARBOSA acrescentando que não obstante “*o grau de censurabilidade*” da conduta fundada no dolo eventual ser de maior dimensão que da conduta que radique em negligência consciente não vê razão para, após um “*confronto analógico entre a intencionalidade problemática da norma e a intencionalidade problemática do caso*”, “*não admitir a assimilação adaptativa*” daquela por esta. Por outras palavras, e retomando as asserções que já elaborámos atinentes à *ratio* de aplicação do instituto do dolo pela simples verificação deste (sem mais requisitos a preencher) – reiterese, a ausência de uma confiança normativizada na boa-fé e, assim, merecedora de tutela – justifica-se que à *consciente* (ainda que confiando o declaratório que não estava a induzir em erro o declarante) violação dos deveres pré-contratuais de informação cumpra o mesmo destino que o previsto para as situações em que o declaratório não confia na não produção do resultado, i.e., em que existe dolo eventual - o que aqui sucede é que havendo esta consciência da violação por parte do declaratório “*decai, tal como no caso do dolo, a necessidade de proteger a sua confiança*”²⁴¹.

²³⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, pp. 334 a 337.

²³⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...ob.cit.*, pp. 499 ss.

²³⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III – Contratos em especial, Almedina, Coimbra; 2008 p. 103 *apud* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 338.

²³⁹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA em *Sobre o conceito de dolo...ob.cit.*, pp. 727 e 728.

²⁴⁰ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA em *Sobre o conceito de dolo...ob.cit.*, p. 727.

²⁴¹ De encontro com o que expusemos MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, p. 335.

Daqui a reconhecer lugar nesta norma também à negligência inconsciente vai um curto passo. Ora, não nos parece que assim não possa ser pois o registo de uma e outra assemelham-se bastante – se no caso de negligência consciente o declaratório está consciente da indução em erro (apesar de confiar que não se realize) no caso de negligência inconsciente não está consciente disso mas era-lhe exigível que estivesse – em nenhum dos casos há, na esfera do declaratório uma confiança normativizada digna de tutela, ainda que na última hipótese se admita uma “*confiança fáctica*” por ser simplesmente isso – fáctica – não releva²⁴².

Tão bondosa parece esta conclusão que mesmo EVA MOREIRA que refuta o ponto de onde partimos – a absorção, pelo regime do dolo, das situações de negligência consciente – gaba a sua coerência²⁴³.

Por outro lado, este parece ser o único elogio que a Autora tece a esta interpretação já que a critica duramente. Inicia, desde logo, a sua contestação acusando a noção de negligência consciente apresentada por NUNO PINTO OLIVEIRA – “*o agente apercebe-se do erro do declarante*” – de pouca precisão e por aí suscetível de beber os casos de dolo eventual e não de negligência inconsciente. Ainda que reconheçamos, quiçá, a inconclusividade da definição avançada pelo Autor não podemos concordar com EVA MOREIRA até porque a ser inconclusiva para aferir estarmos perante uma situação de negligência consciente também o é para deduzirmos tratar os casos de dolo e não nos parece a melhor hipótese apoiarmo-nos em argumentos especulativos. A par e no seguimento deste argumento segue-se uma teia deles de índole sistemática e teleológica, convocando várias figuras e disciplinas jurídicas a fim de cotejar as diferentes assunções dadas pela lei ao *dolo*²⁴⁴.

²⁴² Assim pensa MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, pp. 336.

²⁴³ Diz a Autora que “*a entender-se que o regime do dolo é de se aplicar aos casos de negligência consciente, também deverá ser este o regime para os casos de negligência inconsciente*”, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 342.

²⁴⁴ Para uma análise destes argumentos de duas perspetivas diversas, comparar EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 342 ss. com NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA em *Sobre o conceito de dolo...ob.cit.*, pp. 728 ss. e MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, pp. 342 ss.

VII. POSIÇÃO ADOTADA

1. Adoção ao conceito alargado de dolo

Face ao que, num contexto global, fomos ensaiando e contrapesando com teses, pensamentos e ideias de distintos juristas e, num contexto mais particular, ao que mais recentemente nos encontrámos debruçados sobre, acreditamos que deva ler-se no 253º CC um *conceito alargado de dolo* na medida em que, como tivemos já oportunidade de dispor, comporta um regime que atribui consequências jurídicas, *rectius* a anulabilidade, a comportamentos intencionais e não intencionais.

O critério de relevância, aos nossos olhos, para ativar a aplicação do regime do *dolo* é a prática de uma conduta culposa²⁴⁵, independentemente da modalidade (*dolo*²⁴⁶ ou mera culpa) que revista na medida em que a atuação fundada em qualquer uma delas desvirtua a tutela da confiança que tende a conferir-se ao declaratário.

2. Dolo vs Responsabilidade Pré-contratual

Após o recorte da aparente possibilidade (com mais ou menos complexidades e objeções) de chamar à resolução das situações de indução negligente em erro, por um lado, o regime da responsabilidade pré-contratual e, por outro, o regime do dolo, procederemos ao que mais sentido faz, a este momento proceder – um cotejo comparativo dos institutos almejados²⁴⁷, no contexto das consequências na vida prática que terá a aplicação de um e a

²⁴⁵ Até porque se não houver culpa no comportamento assumido pelo declaratário não estão preenchidos os pressupostos à verificação da violação de deveres pré-contratuais de informação e a questão das consequências advindas de uma possível indução nem é colocada pois não são atribuídas nenhuma

²⁴⁶ Não se confunda, aqui, dolo enquanto modalidade de culpa com o ali dolo enquanto vício da vontade.

²⁴⁷ O confronto que se segue será realizado ao abrigo das considerações que foram, por nós, até aqui, tecidas bem como do recurso a noções gerais da teoria geral do direito civil e da sistematização dos argumentos avançados por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 300 ss.. Juntando todos os ingredientes, cremos cozer um bolo de fidedignas conclusões.

aplicação de outro. Segue-se, com efeito, num cenário esquemático e de fácil leitura, o levantamento de algumas pertinentes questões sobre determinados aspetos bem como a análise das respostas fornecidas pela aplicação dos dois regimes, em confronto. Serve a observação seguinte para procurar fundamentos quer de cariz sistemático quer teleológico que permitam resolver o *concurso de responsabilidade*, fruto de, sob a nossa visão²⁴⁸, as situações de indução negligente em erro integrarem, em simultâneo, o corpo de situações abrangidas pelo regime do dolo e também as previstas no 227º.

2.1. Quanto à eficácia em relação a terceiros

Recorrendo ao instituto da responsabilidade pré-contratual para atingir a libertação do negócio esta gozará de eficácia inter-partes pelo que só o declarante e declaratário serão afetados pela mesma. Disto é afirmar que a desvinculação indemnizatória é inoponível a terceiros que possam, eventualmente, ter vindo a adquirir algum direito face ao contrato que pretender o declarante, agora, anular. Logo a este ponto, se manifesta, a opção de desvinculação negocial pela via da *c.i.c.*, impraticável: pensemos na hipótese de existir uma alienação a um terceiro após a celebração do contrato entre o induzido em erro e o declaratário, o primeiro vem invocar a responsabilidade pré-contratual segundo a qual deveria, em nome do seu primeiro remédio ressarcitório, recuperar para a sua esfera jurídica o que foi alienado, contudo, em virtude da eficácia meramente obrigacional que dota este direito à desvinculação, assim não sucede – na prática o seu direito à desvinculação não pode ser levado a cabo.

Quando, por sua vez, intentamos uma ação de anulação com fundamento no dolo, a situação que atentámos atrás muda os seus contornos pois de uma desvinculação anulatória resultam efeitos que, além de retroativos são, em virtude da eficácia real que lhes é inerente, oponíveis a terceiros – a solução aqui não presenciaria grandes dificuldades, a coisa alienada voltaria, mesmo *ex vi* do princípio *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipso habet*, à esfera jurídica do declarante – com a exceção que sempre estes casos comportam: a inoponibilidade a terceiros de boa-fé.

²⁴⁸ Relembremos, alicerçados num conceito alargado de dolo, apto a consumir esta figura da indução negligente em erro.

No que toca ao primeiro ponto, é-nos razoável arbitrar pelo maior sentido de justiça (em prol do induzido em erro) da solução atribuída mediante a convocação do regime do dolo – aliás é a única que atinge, sempre, aquilo a que as duas se propunham – a desvinculação negocial.

2.2. Quanto aos prazos

Daqui já conhecemos a crítica que foi, à época, lançada à jurisprudência alemã aquando da decisão do caso *Kreissäge-Entscheidung* e que segue no sentido de, em amplos traços, às situações menos gravosas (de indução negligente em erro) ser concedido um prazo mais dilatado para invocar a sua pretensão do que aquele que é estabelecido para as situações mais gravosas (as de indução dolosa em erro). Parece-nos que no que respeita à disparidade do regime destes institutos no que toca a prazos devemos ir mais longe e averiguar não só da duração dos prazos em causa, mas também do tipo de prazo que para cada um se estabelece.

a) *Quanto à duração do prazo*

Se optarmos por nos desvincularmos de um contrato fazendo uso das regras do regime da *c.i.c.* temos, para o fazer, o lapso temporal de três anos a contar do conhecimento do direito que, nos termos daquela lhe cabe, conforme estipulado no 498º que disciplina a prescrição ao passo que se a nossa pretensão consubstanciar uma desvinculação anulatória, o prazo estipulado para a arguir é de um ano a contar do momento em que cessa o dolo, i.e., em que o declarante conhece do erro (o momento a partir do qual começa a contar o prazo parece-nos o mesmo – aquele em que descobre que foi induzido em erro). Esta injustiça parece óbvia e disfarçá-la recorrendo à aplicação, por correção, do prazo previsto para o dolo não nos parece, como já dissemos, a opção mais acertada quando pode usar-se “*este regime*

*simplesmente, em bloco, em vez de recorrermos a expedientes de correção para a solução indemnizatória”*²⁴⁹.

b) Quanto ao tipo de prazo

Se nos custa a compreender a injustiça que a solução propugnada pela admissibilidade de uma desvinculação indemnizatória gera não se torna mais fácil de o ser se atentarmos ao tipo de prazo que para cada uma fornece. Aliado a ser atribuído às situações de negligência um prazo mais extenso do que às que comportam condutas dolosas, o primeiro é incomparavelmente mais flexível que o segundo, senão vejamos duas simples diferenças, sem prejuízo de todas as outras, que o atestam: quando findo o prazo de prescrição previsto para a responsabilidade pré-contratual o *direito de crédito* à desvinculação indemnizatória, ainda que se perpetue sob a forma de obrigação natural, *não desaparece* da esfera jurídica do declarante (assim decorre do 304º CC) enquanto que atingido o final do prazo da caducidade do *direito potestativo* este simplesmente *desaparece por completo* da esfera jurídica do declarante ..o último consiste num prazo que, via de regra, não admite suspensão nem interrupção (328ºCC), por seu turno, o primeiro admite (318º ss. e 323º ss. CC). Compreende-se que à caducidade estão exigências do foro da segurança e estabilidade das relações e tráfego jurídicos, o que não se compreende é o porquê de não se determinar (como preferível) que às situações de indução negligente em erro cumpra o mesma duração e tipo de prazo, pois cremos não estar errados ao afirmar que os interesses cuja salvaguarda se pretende são idênticos nos dois tipos de situações.

É, de facto, verificável, a optar pela desvinculação indemnizatória, no que concerne à questão dos prazos, uma intolerável incoerência e injustiça que poderá mesmo traduzir-se numa “*subversão da lei*”²⁵⁰.

²⁴⁹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 317.

²⁵⁰ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 319.

2.3. Quanto à indução em erro de terceiro

Se os terceiros que causaram a indução em erro foram peritos que “*influenciaram o processo negocial com os seus pareceres ou informações*” não é simples o enquadramento, numa desvinculação indemnizatória, da responsabilização destes peritos enquanto “*sujeitos autónomos de relação de negociações*” pois prossegue uma responsabilização radicalmente assente numa teoria pura da confiança, que se desvela muito complexa de ser conseguida.

Estas questões não parecem erguer-se aquando da aplicação do regime do dolo que estabelece expressamente na primeira parte do n.º 2 do 254º CC que o negócio acordado com base em dolo de terceiro é igualmente anulável. Só assim já se revelaria a solução mais apetecível mas acresce-lhe que nesse mesmo preceito estabelece como requisitos à relevância do dolo de terceiro para fins anulatórios o conhecimento ou cognoscibilidade do dolo por parte do declaratório – esta preocupação em harmonizar os interesses de ambas as partes bem como a, sempre presente, dicotomia presença-ausência de confiança normativizada na boa fé à qual são atribuídas consequências distintas são a confirmação de que, no que respeita a este aspeto da ingerência de terceiros, nestes termos, é efetivamente a solução que melhor se coaduna com o que até aqui temos defendido²⁵¹.

2.4. Quanto à adaptação²⁵² do contrato

Temos, até aqui, falado dos problemas suscitados aquando da pretensão de invalidação de um negócio, seja por via indemnizatória ou anulatória, pois ora coloquemos sobre a mesa a hipótese de ser pretendida a manutenção do negócio e ao invés da invalidação se pretenda uma adaptação indemnizatória ou uma anulação parcial, na medida em que em causa está “*um contrato que teria diferentes termos caso tivesse sido celebrado sem este*

²⁵¹ Em confirmação do que avançámos acerca da bondade da solução, veja-se a situação de o terceiro ser o representante, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 325 ss.

²⁵² E já não no contexto de uma pretensa invalidação do negócio jurídico celebrado ao abrigo da indução negligente em erro.

comportamento censurável in contrahendo”²⁵³. Ambas asseguram a manutenção do contrato nos termos que hipoteticamente se teriam acordado. A questão prende-se,

a) *Quanto à prova*

No seio do regime estabelecido pela responsabilidade pré-contratual a prova o ónus da prova cabe ao declarante e consiste na prova de que o conteúdo hipotético que com a adaptação indemnizatória se pretende se celebraria não fosse a indução negligente em erro. Não precisamos de refletir muito sobre esta ilação para entender que estamos perante a exigência de uma prova extremamente difícil de ser feita.

Já no âmbito do regime do dolo o ónus da prova cabe, igualmente, ao declarante, mas o conteúdo que assume é bem mais conseguível de ser provado: a prova da existência de uma indução negligente em erro e a relação de causa-efeito entre esta e a celebração do contrato que se pretende, agora, reduzir e como é aplicável o 292º estamos perante uma redução automática que inverte o ónus da prova.

Também neste aspeto o regime do dolo se afigura mais favorável aos interesses que perseguimos.

b) *Quanto ao prazo*

A situação repete-se. Por se afigurar injusto que, *in casu*, à adaptação indemnizatória corresponda um prazo mais dilatado que à anulação parcial, é sugerida, a correção que às duas aplique o prazo estabelecido para a segunda – o que, como já dissemos, parece tarefa vã.

²⁵³ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 381.

2.5. Quanto à economia processual

Finalmente, fechemos este ensaio comparativo, com um aspeto no qual o regime do dolo se desvelará, igualmente, mais adequado a servir o tratamento das questões que temos enunciado.

Em sede da responsabilidade pré-contratual, a desvinculação indemnizatória consiste, como vimos, num direito de crédito que, judicialmente, obrigará a intentar uma ação que condene o declaratório à desvinculação – mas é só isso – uma ação condenatória, sem efeitos constitutivos ao contrário do que se passa em sede do regime do dolo onde a ação anulatória intentada a fim de fazer valer o direito potestativo à anulabilidade tem, por si só, efeito constitutivo, desvinculando o declarante do negócio.

3. A opção pelo regime do dolo

Posterior ao sucinto confronto que construímos, é possível avançar, seguramente, na direção de encaminhar o tratamento das situações de indução negligente em erro para o regime do dolo.

Posto isto, a problemática que até aqui fomos expondo assume agora diferentes contornos. A questão deixou de residir no plano da relevância da figura em análise a par das possíveis tentativas de a estabelecer e transforma-se, a este momento, vingada que está a mesma em sede do regime do dolo – instituto que deu provas da sua adequação e bondade na resolução destas situações, dando constantes sinais da sua preocupação em tutelar, harmoniosamente, os interesses em balanço – na necessidade de, a fim de culminarmos no ponto de equilíbrio que tanto almejamos, descobrir de que modo deve ser mobilizado o presente regime.

As controvérsias que, a este nível, possam agora despontar assumirão configurações diferentes consoante a posição que tivermos, *a priori*, tomado sobre aspetos que constituem agora a nevrurgia da recente problemática, leia-se o conceito de dolo que acolhemos.

Pronunciámo-nos, já, pelo acolhimento de um conceito alargado de dolo e, nesse sentido, propugnamos, com pilar nos fundamentos que explorámos a esse ensejo, que na própria letra da lei, *rectius* do 253º CC, haverá espaço a integrar os casos de indução negligente (consciente e inconsciente). A ser assim, cumpre-nos agora contornar a situação que se avulta do concurso de responsabilidades que já vimos, sob pena de incorrerem em inaceitáveis contradições e incoerências, em verdadeiras antinomias jurídicas que colocam em risco valores basilares inerentes ao nosso ordenamento, com sublinhado para o princípio da unidade jurídica, não ser praticável.

Pensamos que a solução passa por, uma vez que admitimos a resolução da questão por aplicação direta do regime do dolo, invocar a desvinculação anulatória nos termos em que a mesma está assim prevista: sendo a mesma procedente não ser possibilitado o recurso a regras da responsabilidade pré-contratual (como vimos, o prazo) sob pena de desvirtuar a *ratio* atinente ao estabelecimento dos mesmos; sendo a mesma improcedente permitir o recurso à responsabilidade pré-contratual não para obter uma desvinculação indemnizatória mas somente na medida de atribuição de uma indemnização em dinheiro²⁵⁴. Parece-nos, com apoio no que tivemos oportunidade de abordar, que só assim nos é possível afastar todas as contradições valorativas, técnico-jurídicas e sistemáticas que adviriam de uma desvinculação indemnizatória.

Para os apologistas de um conceito tradicional de dolo que não retiram da previsão normativa que o disciplina indicações aqui seja incorporada a situação de indução negligente em erro revela-se necessário, face à inadequação da mobilização do instituto da responsabilidade pré-contratual em confronto com o regime do dolo, optar pela aplicação do último mediante uma interpretação extensiva que permita incluir as situações de que tratamos ou, não a conseguindo, recorrer à aplicação analógica.

No confronto que mediou entre o conceito de dolo previsto no 253ºCC e outras normas que o estabelecem, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA afasta a hipótese de uma interpretação extensiva²⁵⁵ e prossegue para a aplicação do regime do dolo, por analogia. Contudo, tal só é possível (a aplicação analógica de um instituto) se estivermos perante uma

²⁵⁴ Equacionando o afastamento da restituição natural pela sua excessiva onerosidade, como já vimos, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O Problema da indução...ob.cit.*, p. 355.

²⁵⁵ Acerca deste ponto, comparar EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, pp. 342 ss. com NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA em *Sobre o conceito de dolo...ob.cit.*, pp. 728 ss. e MAFALDA MIRANDA BARBOSA em *Problema da Indução Negligente em Erro...ob.cit.*, pp. 342 ss.

lacuna no nosso ordenamento, i.e., se não existir nenhum instituto jurídico disponível para a resolução da questão. A fim de contornar esta questão, a Autora, avança com a ideia de que deve submeter-se o 227º a uma *redução teleológica*, permitindo afastar a convocação deste regime à resolução dos casos de indução negligente em erro “*por não ser o mais adequado, por não ter sido pensado para semelhantes casos, casos estes que dogmaticamente se encontram em sede de vícios da vontade*”²⁵⁶ e aplicar analogicamente o regime do dolo.

²⁵⁶ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual...ob.cit.*, p. 382.

CONCLUSÃO

Reconhecemos o negócio jurídico como o expoente máximo de expressão do princípio da autonomia da vontade na medida em que, mediante tal ato composto por declarações de vontade situadas em polos opostos, mas convergentes, os sujeitos estabelecem e conformam relações jurídicas visando a obtenção de determinados efeitos jurídicos merecedores, em consonância com a vontade das partes, de tutela por parte do Direito.

Verdade é que a vontade dos indivíduos tem um enorme peso mas não menos verdade é que não adotamos, no moderno universo jurídico, um ideal governado pela máxima de que a *voluntas* tudo legitima e fundamenta, pelo que é amplamente reconhecido que “*a liberdade não é pensável sem vinculação*”²⁵⁷ e nem por isso cremos que esteja em causa o pleno exercício do princípio da autonomia privada, na medida em que, como referimos, especialmente em relação ao regime dos vícios da vontade, aquela autonomia é assegurada precisamente por este que visa garantir uma vontade formada de um modo são, isento de quaisquer anormalidades, e assim a conformação de relações jurídicas verdadeiramente livres.

Se nos apoiarmos cega e irrefletidamente nos corolários propugnados pela autonomia privada, sem dificuldade, atingimos pensamentos/conclusões facilmente refutáveis em ordem de não se coadunarem, de todo, com os valores que pautam a consciência jurídica que pautam a hodierna sociedade. Se ao negócio jurídico que manifeste algum sintoma anómalo ao nível do processo de formação ou de formulação da vontade emitida pelo declarante corresponder, sem mais, a invalidade do mesmo, pecamos por, em prol da intransigente obediência ao princípio da autonomia privada, postular uma desconsideração dos demais valores que orbitam em volta do tecido jurídico, como sejam, por um lado a confiança que tenha sido legitimamente gerada na esfera jurídica da contraparte e por outro a segurança jurídica que é exigível no tráfego jurídico de modo a assegurar, assim, também a proteção da confiança de terceiros. Serve o dito para explicar que estabelecemos como meridiano deste trabalho a procura da compatibilização entre os interesses do declarante e do declaratório bem como dos interesses subjacentes à estabilidade, segurança e certezas

²⁵⁷ CANARIS, *Funções da Parte Geral...ob.cit.*, p. 40

jurídicas.

A questão que colocámos em estudo – a indução negligente em erro - traduz-se num comportamento alheio culposo, consubstanciado na prestação de informações inexatas, incorretas ou erróneas, que induz o declarante em erro. Daqui logo concluímos ser uma factualidade da qual brota a convocação de dois institutos jurídicos – dos vícios da vontade pois observamos uma perturbação na formação da mesma por apresentar desvios ao que se julga ser o processo *normal* e *são* da sua formação e da responsabilidade pré-contratual na medida em que o erro em que cai o declarante sucede em reflexo da conduta do declaratório, a preterição dos deveres pré-contratuais de informação.

Assim, investigámos o tratamento passível de dar a esta problemática olhando os dois regimes. A primeira conclusão que retirámos foi a de que parecia não haver, no direito positivo, nenhuma norma expressamente encarregue do tratamento jurídico a dar às situações que nos propusemos a analisar.

Em vista a interpretar o dito silêncio, averiguamos da possibilidade de este representar a subtração de relevância à questão, ao abrigo do princípio geral de irrelevância atribuído aos meros erros sobre os motivos. A aceitar esta solução cairíamos, como vimos, numa controvérsia insuportável, na medida em que, sendo possível chamar o instituto de responsabilidade pré-contratual o declarante que viu o erro em que foi induzido desconsiderado ao nível do regime do erro, vê-o agora como fundamento a arguir uma desvinculação indemnizatória à luz do primeiro remédio ressarcitório da *c.i.c.* Apesar do princípio que vigora entre nós ser bem claro no que respeita a atribuir relevância apenas aos erros sobre os elementos tipificados, equacionámos ainda uma correção do regime do erro de modo a que integrasse qualquer erro que causado também pela contraparte, apoiados na tese de KRAMER de distribuição do risco, contudo esta remodelação do regime do erro por forma a abarcar as situações pretendidas não nos pareceu a mais simples via de solucionar a questão e continuamos a defender que o regime do erro nos parecer estar pensado para erros endógenos e não provocados. Pelo que, tendo ainda outros mecanismos aptos a responder à problemática explorámos a sua bondade nesse aspeto.

Questionámos a possibilidade de recorrer ao instituto da responsabilidade pré-contratual para alcançar a desvinculação negocial e encontrámos diversas objeções e complexidades quanto ao preenchimento dos requisitos a verificar para o nascimento da obrigação de indemnizar nos termos do 227º, nomeadamente no tocante a prazos e mesmo à

conceção do dano. Apesar de, com argumentos mais ou menos convincentes, estas críticas terem sido ultrapassadas, uma contradição que brota da aplicação deste regime quando não é possível a desvinculação em sede de vícios de vontade teima em permanecer: permitir por esta via aquilo que o legislador não permitiu em sede daqueles. Não nos pareceu, após as considerações que sobre este regime fizemos, precisamente por não prezar pela unidade e coerência do ordenamento que fosse a melhor escolha até porque mesmo os apologistas da admissibilidade da desvinculação indemnizatória acabam por propor correções à atuação da mesma, por exemplo quanto ao prazo.

A este ensejo tornou-se oportuno averiguarmos da bondade do regime do dolo, pela qual concluímos. Principiamos por defender um conceito alargado de dolo pelo que, desde aí, postulámos que, aos nossos lhos, cabem diretamente na letra do 253ºCC as situações que trazemos a estudo. Justificámos a nossa compreensão assentes a título principal na circunstância de atribuímos à ratio da aplicação do regime do dolo a ausência de uma *confiança normativizada na boa fé*, pelo que qualquer indução em erro culposa, consciente ou inconsciente caberia no elemento literal “*consciência*” utilizado no artigo. A partir deste momento já estávamos pendentes para a aplicação deste regime às situações estudadas, mas a título de teste à bondade do mesmo, procedemos a um cotejo comparativo consubstanciado em pensar sobre questões concretas em que têm expressão determinados aspetos do regime do dolo e da *c.i.c.* e, de olhos postos nas soluções, por cada um, oferecidas, foi-nos possível rematar pela adoção do regime do dolo como a melhor via para o tratamento das questões em causa.

Concluímos (quanto à indução negligente em erro) pela não admissibilidade da desvinculação negocial por via da restituição natural oferecida pelo instituto da responsabilidade pré-contratual e no fundamento da nossa orientação subjaz a necessidade de prezar pela integridade da ordem jurídica, a preocupação em obedecer aos critérios da sua unidade e coerência. Não assim optámos por crer num dogma da tipicidade das causas que determinam a invalidade do negócio jurídico, i.e., o simples facto da preterição negligente de deveres pré-contratuais de informação não constar da tipologia pelo legislador oferecida não é suficiente para lhe negarmos relevância e vedar a possibilidade de essa violação resultar na invalidação do negócio. Aliás a nossa consideração final vai em sentido oposto.

O que não postulamos é que, quando a indução negligente em erro não seja possível de ser considerada no âmbito dos institutos que determinam a invalidade do negócio não

deve, a mesma, servir de fundamento para a mobilização de outro instituto que a determine (a responsabilidade pré-contratual).

BIBLIOGRAFIA

- A Diretiva 2000/43/CE e os princípios do Direito Privado in . (2006). Em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALARCÃO, R. D. (1964). Breve motivação do Anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coação, representação, condição e objeto negocial. Em *BMJ N.º 138*.
- ALARCÃO, R. D. (1983). *Direito das Obrigações*. Coimbra.
- ALMEIDA, F. D. (2008). *Contratos I - Conceito, Fontes, Formação*. Coimbra: Almedina.
- BARBOSA, M. M. (2015). Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800.ºCC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento. Em *O Direito, III*. Coimbra.
- BARBOSA, M. M. (2015). Problema da Indução Negligente em Erro - Breve Apontamento. Em *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra.
- CANARIS. (2006). Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade. Em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, M. J. (1994). *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, M. J. (2009). *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, D. F. (2006). *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações*. Coimbra: Almedina.

- FRADA, C. D. (1997). *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?* Coimbra: Almedina.
- FRADA, C. D. (1999). Vinho novo em odres velhos? Em *Revista da Ordem dos Advogados*, 59.
- FRADA, C. D. (2007). *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, M. (2010). *Direito das Obrigações, I*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, S. (1989). *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, S. (2003). Culpa in Contrahendo. Em *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º42.
- NASCIMENTO, S. S. (2003). A Responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização. Em *Estudos em Homenagem a Inocêncio Galvão Telles*.
- OLIVEIRA, N. P. (2005). *Direito das obrigações, vol. I, Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais – Elementos das relações obrigacionais – Direitos de crédito e direitos reais*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, N. P. (2007). Sobre o conceito do dolo dos artigos 892º e 908º do Código Civil. Em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*,. Coimbra: Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, N. P. (2011). O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação. Em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- PINTO, C. A. (1996). A responsabilidade Pré-negocial pela não conclusão dos Contratos. Em *BFUC* (p. Suplemento XIV). Coimbra.
- PINTO, C. A. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, M. (1982). *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina.
- PINTO, P. M. (2003). Requisitos de Relevância do Erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português. Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina.
- PINTO, P. M. (2006). Falta e vícios da vontade – O Código Civil e os regimes mais recentes . Em *Comemorações dos 35 Ans do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, P. M. (s.d.). Requisitos de Relevância do Erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português .
- PRATA, A. (2005). *Notas sobre a Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, C. D. (1999). Negócio e Formação de Contratos. Em *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, E. S. (2003). *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, E. S. (2010). *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): O Caso da Indução Negligente em Erro*. Coimbra: Almedina.
- VARELA, A. (2013). *Das Obrigações em Geral, vol. I*. Almedina: Coimbra.

VASCONCELOS, P. (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina.

VICENTE, D. M. (2001). *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina.

VICENTE, D. M. (2007). Culpa na formação dos contratos. Em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora.