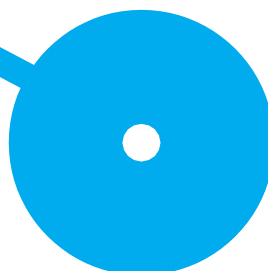


# A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ- CONTRATUAL DA EVOLUÇÃO A QUESTÕES CONEXAS

Maria de Belém Moreira Machado

10/2022





# A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ- CONTRATUAL DA EVOLUÇÃO A QUESTÕES CONEXAS

Maria de Belém Moreira Machado

Maria Malta Fernandes

## Agradecimentos

Ao inscrever-me no mestrado em Solicitadoria, sabia logo a partida que seria um desafio ao qual me tinha proposto a realizar. Chegados agora a conclusão do trabalho de projeto avançado deparei-me com algumas dificuldades, não pela complexidade, mas sim pela incerteza do término. Senti, por vezes falta de ânimo e de foco, sendo nesses momentos que tive o apoio das pessoas certas que me encorajaram, sempre, a seguir em frente.

Deixo um agradecimento a todas as pessoas que fizeram parte deste percurso académico pois sem elas não sei se teria sido capaz de ter completado esta etapa tão ambicionada por mim.

Agradeço desde já a minha família, nomeadamente, aos meus pais, à minha avó e à minha irmã, que sempre me incentivaram a lutar pelos meus ideais.

Aos meus amigos e colegas, que sempre tiveram uma palavra de conforto e alento, e que nunca me deixaram desistir, dirijo também uma palavra de agradecimento.

Não poderia deixar de agradecer à minha orientadora, a Professora Maria Malta Fernandes, que desde o dia em que lhe apresentei a minha proposta de investigação, aceitou de bom grado orientar-me, transmitindo-me os seus conhecimentos, imprescindíveis para a elaboração do presente trabalho.

Agradeço à ESTG.PPorto por me ter acolhido nos últimos cinco anos, designadamente ao corpo docente do departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, pelos seus ensinamentos, fundamentais para o enriquecimento do meu percurso académico e por me transmitir as ferramentas necessárias para a minha vida profissional.

Termino com um profundo agradecimento a todas as pessoas que passaram pela minha vida e me deram alento nesta jornada.

“Por mais longa que seja a jornada o esforço sempre valerá a pena”.

## Resumo

Com o presente estudo propomo-nos a analisar a figura da responsabilidade civil pré-contratual e a sua inserção sistemática na dicotomia clássica do instituto da responsabilidade civil: extracontratual e contratual.

Tendo por base a rutura ilegítima das negociações que está na base do tipo de responsabilidade, objeto de análise, o presente trabalho destacará a natureza jurídica da *culpa in contrahendo*, as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais que se manifestam sobre a temática, para confrontar as diferentes soluções que se nos oferecem sobre o princípio indemnizatório que lhes corresponde.

De facto, como veremos ao longo da nossa investigação, iremos constatar que a doutrina e a jurisprudência dividem-se entre as teses contratuais e extracontratuais, questão de extrema importância, uma vez que as soluções variam consoante se opte por uma ou por outra modalidade.

Após uma exposição das divergências em torno da responsabilidade civil pré-contratual e sua análise crítica, pretendemos, no final do presente estudo, tirar as nossas próprias conclusões.

Como teremos oportunidade de verificar ao longo da nossa análise, o legislador não responde a todas as questões que existem sobre este tema, nomeadamente, não esclarece a questão central do nosso estudo que se prende com a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; responsabilidade pré-contratual; natureza jurídica; rutura ilegítima das negociações.

## **Abstrat**

With this study we propose to analyze the figure of pre-contractual civil liability and its systematic insertion in the classical dichotomy of the civil liability institute: non-contractual and contractual.

On the basis of the illegitimate rupture of the negotiations which underlies the type of responsibility under analysis, the present work will highlight the legal nature of the guilt in contrahendo, the various doctrinal and jurisprudential positions that are manifested on the theme, to confront the different solutions that are offered to us on the principle of compensation that corresponds to them.

In fact, as we will see throughout our investigation, we will find that doctrine and jurisprudence are divided between contractual and non-contractual theses, an issue of extreme importance, since the solutions vary depending on whether one modality is chosen.

After an exposition of the divergences around pre-contractual civil liability and its critical analysis, we intend, at the end of this study, to draw our own conclusions.

As we will have the opportunity to see throughout our analysis, the legislator does not answer all the questions that exist on this subject, namely, it does not clarify the central question of our study which concerns the legal nature of pre-contractual civil liability.

**Keywords:** civil liability; pre-contractual liability; legal nature; illegitimate rupture of the negotiations.

## **Siglas /Abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Al. / Als. – Alínea/ Alíneas

Art./arts. – Artigo/artigos

BGB. –Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da Alemanha)

CC. – Código Civil

Cfr. – Conferir

C.i.c. – Culpa in contrahendo

Cit. – Citado

DL. – Decreto lei

Nº. – Número

Op. Cit. – opere citado

OJP. – Ordenamento Jurídico Português

STJ. –Supremo Tribunal de Justiça

TRP. –Tribunal da Relação do Porto

Ss. – Seguintes

Vol. – Volume

Vd. – Vide, veja

V.G. – *verbi gratia*, por exemplo

P. – Página

PP. – Páginas

## ÍNDICE

Introdução .....	10
Capítulo I- Instituto da Responsabilidade Civil .....	12
1.1. Evolução da Responsabilidade civil .....	12
1.2. Noção e enquadramento .....	13
1.3 Espécies de responsabilidade civil .....	14
1.3.1. Responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade civil contratual .....	14
1.3.2. Comparação .....	15
1.4. Pressupostos da Responsabilidade civil .....	17
I. Facto voluntário do lesante .....	17
II. Ilícitude .....	18
III. Culpa.....	18
IV. O dano e suas espécies.....	19
V. Nexo de causalidade entre o facto e o dano .....	20
VI. Obrigação de indemnizar e titularidade.....	21
Capítulo II- A Responsabilidade Pré-Contratual .....	22
2.1. Princípios e Deveres em colisão com o art.227º CC.....	22
2.1.1. Enquadramento geral .....	22
2.1.2. Liberdade Contratual e Autonomia Privada .....	22
2.1.3. Princípio da Boa-Fé.....	25
2.1.4. Tutela da confiança .....	26
2.2 - Deveres pré-contratuais inseridos no art.227º do CC.....	27
2.2.1 – Considerações gerais .....	27
a) Dever de informação .....	28
b)Dever de proteção .....	28
c) Deveres de lealdade e honestidade .....	29
2.2. Síntese .....	29
2.3. Surgimento e evolução da responsabilidade civil pré-contratual.....	30
2.4. O regime da <i>culpa in contrahendo</i> no Direito português .....	32
a) Contratos inválidos ou ineficazes.....	33
b) Contratos válidos e eficazes .....	34
c)Contratos não concluídos .....	34
2.5. Natureza jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual.....	35
2.5.1. Teoria Contratual e Teoria Extracontratual .....	35
2.5.2. Teoria de uma terceira via no direito da responsabilidade civil .....	37
Capítulo III- Incumprimento por rutura ilegítima das negociações .....	39
3.1. Pressupostos da responsabilidade pré-contratual por rutura ilegítima das negociações .....	39

3.1.1. Ilicitude .....	39
3.1.2. Culpa .....	40
3.1.3. Danos e nexos de causalidade .....	41
3.2. Efeitos da ruptura ilegítima das negociações .....	41
3.2.1. Enquadramento geral .....	41
3.3. O <i>quantum</i> indemnizatório.....	43
3.4. Doutrina e jurisprudência portuguesa.....	48
3.4.1. Considerações gerais.....	48
3.5 Direito Comparado.....	51
3.5.1. Enquadramento. A responsabilidade nascida no período pré- contratual: uma perspectiva comparatística .....	51
I.No sistema Common Law .....	52
II.Sistema Civil Law .....	53
3.6. Ponto de situação.....	55
Conclusões.....	58
Referências Bibliográficas .....	60
Webgrafia.....	61
Referências Jurisprudenciais .....	62
Legislação .....	63

## Introdução

A responsabilidade civil constitui uma importante fonte das obrigações que “ocorre quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra”<sup>1</sup>.

Tradicionalmente, o nosso sistema jurídico acolhe dois tipos de responsabilidade civil: por um lado a responsabilidade contratual, proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos ou de negócios jurídicos unilaterais e da própria lei, ou seja, a responsabilidade do devedor para com o credor no cumprimento da obrigação; e, por outro, a responsabilidade extracontratual, (também designada de aquiliana) a qual versa sobre a violação de direitos absolutos, como sejam, por exemplo, os direitos reais e os direitos de personalidade ou da prática de atos que, embora lícitos causam prejuízos a outrem<sup>2</sup>.

Todavia, situações existirão que não têm enquadramento em qualquer das modalidades da referida dicotomia.

Tais situações, às quais correspondem as responsabilidades “intermédias” ou “não alinhadas”, incluem, entre outras, a chamada *culpa in contrahendo* prevista e regulada no art. 227.º do Código Civil, serão enquadráveis na chamada “terceira via” da responsabilidade civil<sup>3</sup>.

O facto de este tipo de responsabilidade se encontrar, em termos sistemáticos, regulamentado fora do quadro normativo clássico da responsabilidade civil, poderá contribuir para a controvérsia doutrinária em torno da qualificação da natureza da responsabilidade civil pré-contratual. Assim, será a responsabilidade pré-contratual enquadrável na responsabilidade civil contratual, terá ela cabimento na responsabilidade civil extracontratual ou poder-se-á considerar que estamos presentes um *tertium genus*?

Terá sido o filósofo alemão de nome RODOLF VAN JHERING o pioneiro na análise da responsabilidade civil pré-contratual, quando em 1861 elaborou um estudo baseado em situações em que um contrato inválido e ineficaz por divergência de vontade e a declaração veio a produzir danos à outra parte por atuação culposa de um dos contraentes.

Sob a epígrafe “culpa na formação dos contratos” também reconhecida como *culpa in contrahendo* ou responsabilidade pré-negocial, o art. 227º do Código Civil prevê, “quem negocia 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”, de onde emerge a obrigação de uma das partes indemnizar a outra, caso aquela não respeite as exigências impostas pela boa fé, ou seja, é a responsabilidade civil por danos decorrentes de atos ou omissões verificadas no período que antecede a celebração do contrato.

Com este preceito normativo, o nosso direito, acolhe expressamente três momentos distintos: a celebração de um contrato inválido por anomalias ocorridas na sua formação (caso padrão de JHERING); a celebração de contratos válidos, nos termos em que a sua celebração gera danos para uma das partes ( v.g. os contratos convalidados, seja pela passagem do tempo para requerer anulação, seja pela sua confirmação pelo titular do direito de anulação) e a

---

<sup>1</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*, 9ª Ed., Almedina, 2009, pp. 519 e 520.

<sup>2</sup> No Código Civil Português, as duas modalidades de responsabilidade civil são tratadas em lugares distintos, sendo a primeira abordada nos artigos 798º a 812º e a segunda nos art. 483º a 510º.

<sup>3</sup> FRADA, A, Carneiro da; *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Reimpressão, Almedina, 2011 pp.62, 63.

interrupção ou rutura das negociações, impedindo a efetiva celebração do contrato (verifica-se na expectativa fundada de uma das partes na efetiva conclusão do contrato, frustrada pela violação de um dever inerente a boa fé). Sendo assim, os momentos que consubstanciam a responsabilidade pré-contratual caracterizam-se: pela rutura abusiva das negociações; que pode ser gerado pela celebração de um negócio inválido ou eficaz; ou pela celebração de um negócio válido e eficaz, mas que, devido ao comportamento de uma das partes na fase pré-contratual, vem a provocar danos a contraparte.

Estaremos perante a rutura ilegítima das negociações, quando haja uma efetiva confiança por parte de um dos contraentes na realização das negociações e a eventual justa causa de quebra das negociações por parte da contraparte, enquanto polos manifestamente opostos.

É, precisamente ao momento da rutura ilegítima daquelas negociações contratuais e às consequências decorrentes da mesma, designadamente o direito à indemnização conferido ao contraente lesado, que focaremos o nosso estudo.

# Capítulo I- Instituto da Responsabilidade Civil

## 1.1. Evolução da Responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil vive em constantes mudanças, repercutindo-se tanto na sua história, como nos fundamentos tendo a sua sistemática renovação por consequência a formação de novas teses jurídicas, conforme as mudanças e necessidades de cada época, de modo a solucionar os problemas sociais vigentes.

Ao longo da história, o dano causado a outrem por meio de ato ilícito, era combatido, através da reparação ou punição.

Inicialmente, os danos eram punidos com vinganças coletivas, nas quais todos os elementos do grupo reagiam contra um único agressor, ou seja, apenas tinham a ideia de vingança que era reconhecida à vítima que constituía o modo por que se operava, em simultâneo, a reparação do dano e a punição do seu autor. Tentavam de certa forma minimizar os riscos da pessoa lesada para que a mesma não se sentisse injustiçada, punindo assim o autor da lesão<sup>4</sup>.

Com fundamento na *Lex Aquilia*, passaram a surgir reações individuais, em que um único sujeito realizava a sua justiça com as próprias mãos como se de uma justiça privada se tratasse.

Nesta fase, para que o autor fosse responsabilizado era feita justiça pelas próprias mãos.

Ora esta justiça, já vem do direito romano, com a Lei das XII Tábuas, também conhecida por Pena de Talião, conhecida pela célebre frase “olho por olho, dente por dente”<sup>5</sup>.

Com o surgimento da lei acima referida inicia-se o primado da culpa, passando o autor da lesão a ser punido pelos danos causados, e, conseqüentemente com a obrigação de indemnizar, utilizando o seu património como meio de “pagamento” pelos danos causados a parte lesada.

Mais tarde, mesmo não havendo factos que comprovassem danos físicos ou materiais, as omissões também passaram a ser sancionadas ao abrigo daquela lei, passando o Estado a interferir nos conflitos, ao estabelecer o valor dos prejuízos e fazendo aceitar a justiça feita pelos mesmos ao invés de uma vingança.

Através destes motivos é que a responsabilidade civil prosseguiu, evoluindo na história, denotando-se o dever de reparação não só na culpa, no âmbito subjetivo, mas também no risco, quando objetiva, abrindo, neste caso, lugar a indemnização pelos danos sem que exista culpa.

Com a constante evolução da sociedade, o sujeito jurídico tende a acompanhar essa mesma evolução, sendo que, por vezes, através dos seus atos (ações ou omissões) pode violar a esfera jurídica de outro individuo. Esses atos podem dar origem a danos, os quais, de forma direta tem de ser suportados por quem os causou, surgindo aqui o dever de indemnizar.

O problema da responsabilidade civil reside no facto de saber se aquele que sofreu um dano terá que o suportar em definitivo de acordo com princípio *casum sentit dominus*<sup>6</sup> ou se pelo contrário poderá exigir de outrem a sua reparação<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Noções fundamentais de Direito Civil*, 7ª Ed. Almedina, 2018, p. 84

<sup>5</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*, 9ª Ed., Almedina, 2009, p.481.

<sup>6</sup> Segundo o qual “os danos devem ser atribuídos ou imputados ao lesado”, isto é, a quem os sofreu.

<sup>7</sup> E neste caso estamos perante um desvio ao princípio *casum sentit dominus*, desde que encontrem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil (contratual e extracontratual). Esta surge, precisamente, para imputar a

## 1.2. Noção e enquadramento

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, hoje a “responsabilidade civil constitui um universo inesgotável e em expansão”, podendo derivar de variadíssimos temas<sup>8</sup>.

A responsabilidade, em *lato sensu*, consiste na obrigação, imposta por lei, a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria se não tivesse ocorrido a lesão.

Por outras palavras, tem a função de tornar indemne o lesado, isto é, torna-lo sem dano através da concretização do princípio da indemnização, princípio este que tem subjacente a obrigação de indemnizar a cargo de quem casou o dano<sup>9</sup>.

A responsabilidade civil surge quando a lei impõe ao autor certos factos ou ao beneficiário de certa atividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, por esses factos e por essa atividade.

Para tal, é preciso entendermos os factos geradores de prejuízos.

Com o surgimento da responsabilidade, entendia-se como factos humanos geradores de lesão, o incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, sob a forma de mora ou cumprimento defeituoso. Estaríamos, então, perante uma responsabilidade contratual, conceito não rigoroso, visto que o contrato não é a única fonte de direitos de crédito, uma vez que podem resultar igualmente, da lei ou negócio jurídico unilateral<sup>10</sup>.

Se, porém, estivermos perante um facto que não advenha do dano, ou seja de outra causa, já estaremos perante uma responsabilidade extracontratual, designada igualmente por delitual ou aquiliana. No entanto aqui, ainda que perante a violação de um dever, não estará em causa um dever jurídico especial ou relativo, mas um dever geral de conduta que a ordem jurídica impõe a todos os sujeitos para a sua proteção ao qual se que contrapõem um direito absoluto, como seja, por exemplo, um direito de personalidade (v.g. integridade física ou direito a vida) ou um direito real (v.g. direito de propriedade).

Ora, a responsabilidade consubstanciada em factos ilícitos, assenta sempre no todo ou em parte, no facto de uma pessoa ser obrigada a indemnizar. Aqui, o facto pode consistir numa ação, considerada num facto positivo, que importa a violação de um dever geral de abstenção, do dever de não interferir na esfera de ação do titular do direito absoluto. Por sua vez, poderemos estar perante um facto negativo, ou seja, numa abstenção ou omissão, quando haja o dever jurídico de praticar um ato, que em hipótese teria impedido a consumação do dano. Sendo que abstenção é um ato sem o qual o dano não teria produzido<sup>11</sup>.

---

terceiro o dano sofrido pelo lesado de modo a que aquele deva reconstituir a “situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”, tal como o determina o art. 562.º do Código Civil. FERNANDES, Maria Malta; *A perda de chance no direito português*, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022, p.89 e 90.

<sup>8</sup> CORDEIRO, António Menezes; *Tratado do Direito Civil português*, Vol. II, Direito das Obrigações Tomo II, Almedina 2010. p. 385.

<sup>9</sup> MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do -Direito Civil*, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2012, p.128.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp.129 e ss.

<sup>11</sup> VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Ed., Almedina, 2004, p.525.

### 1.3 . Espécies de responsabilidade civil

Ainda que possa abranger diferentes espécies, a doutrina classifica a responsabilidade civil quer em função da culpa, distinguindo-a em objetiva e subjetiva, quer em função da sua natureza e neste caso, surge a distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual<sup>12</sup>.

A dicotomia responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual são tradicionalmente debatidas pela doutrina e pela jurisprudência como essenciais para o nosso tema de estudo pelo que sendo peças chaves para a discussão do mesmo procederemos a uma breve análise de ambas bem como à comparação entre as mesmas.

#### 1.3.1. Responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade civil contratual

A responsabilidade extracontratual, doravante designada de aquiliana ou delitual, encontra-se elencada no art. 483º do CC, que refere “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, ou seja, este tipo de responsabilidade resulta de direitos absolutos (direitos reais e direitos de personalidade) ou também da prática de factos que embora sejam lícitos possam causar danos a outrem.

A responsabilidade contratual (obligacional), deriva da falta do cumprimento dos contratos, negócios jurídicos unilaterais e também da lei, e encontra-se prevista nos arts. 798.º ss do CC.

A expressão de responsabilidade contratual não é rigorosa, visto que a obrigação do dano por ela abrangida nem sempre deriva da violação de um contrato. Por esse mesmo motivo, vários autores sugeriram outras designações, como responsabilidade negocial, para desta forma abranger a violação de obrigações provenientes de negócios jurídicos unilaterais, com base no mesmo regime ou a de responsabilidade obrigacional para compreender o não cumprimento das obrigações em sentido técnico, que não provenham de um negócio jurídico, mas da lei<sup>13</sup>.

Ao percorrermos o Código Civil, podemos verificar que o legislador colocou os dois tipos de responsabilidades em lugares distintos, encontrando-se o regime da responsabilidade civil contratual no capítulo que regula, ao lado do cumprimento, as formas e efeitos do não cumprimento das obrigações arts.798º e ss, enquanto no que concerne à responsabilidade civil extracontratual, esta encontra-se prevista nos arts. 483º a 510º CC.

No que diz respeito ao regime da obrigação de indemnizar a que as responsabilidades

---

<sup>12</sup> Na responsabilidade extracontratual pelo risco ou objetiva a obrigação de indemnizar decorre do risco próprio de certas atividades e integra-se nelas independentemente do dolo ou culpa (não depende, pois, da culpa do agente). O fundamento é o próprio risco, isto é, quem pode tirar vantagens da sua atividade deve suportar as desvantagens, ou seja, arcar com os danos ocorridos.

Já na responsabilidade extracontratual por factos ilícitos o seu fundamento reside na própria culpa. Esta é a *conditio sine qua non* para a sua aplicação.

Na responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos, o Direito considera o ato como lícito e impõe ao seu autor a obrigação de indemnizar outrem se aquele ato provocou dano. Este outrem, titular de um direito fica obrigado a tolerar a intervenção no seu direito, mas em contrapartida, tem direito a ser indemnizado. O seu fundamento reside na equidade, um sujeito pode praticar um ato danoso, mas por uma questão de justiça tem de indemnizar.

<sup>13</sup> VARELA, João de Matos Varela; *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed, Almedina, 2004, p.519.

recorrem em caso de incumprimento/violação, o legislador, estabeleceu o regime único dos arts. 562º e ss CC.

Para além da distinção conceitual evidente entre elas existem ainda variantes da responsabilidade civil uma vez que, uma delas, assenta na violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos enquanto que a outra, porque resultante do não cumprimento, *lato sensu* dos deveres relativos próprios das obrigações, incluindo os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no âmbito da relação obrigacional. No primeiro caso, estamos perante a responsabilidade civil extracontratual, enquanto no segundo, presente está a responsabilidade civil contratual.

De salientar que em teoria, as responsabilidades não constituem compartimentos estanque, visto que sobre vários aspetos, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual funcionam como verdadeiros vínculos comunicantes. Além de que podem nascer do mesmo facto e transitar facilmente do domínio de uma delas para esfera normativa da outra, como poderemos verificar através de dois exemplos infra<sup>14</sup>:

Se (A) agredir e ferir (B), responderá naturalmente, por ilícito contratual (ofensa a integridade física da vítima) pelos danos causados. E, posteriormente for fixada sentença a indemnização devida ao agredido, (A) tardar ou se recusar a pagá-la, haverá já ilícito contratual, ou seja, violação de uma verdadeira obrigação, fixada por decisão judicial.

Pensemos, ainda, na seguinte situação:

Se, no mesmo acidente de viação, o motorista culpado provoca danos nos passageiros que transporta e nas pessoas que atropela, responderá, por ilícito contratual, em face dos primeiros e, por ilícito extracontratual, perante os últimos.

No entanto, é possível que o mesmo ato envolva o agente (ou comitente), simultaneamente, responsabilidade contratual (por violar uma obrigação) e a responsabilidade extracontratual (por infringir ao mesmo tempo um dever geral de abstenção ou o direito de absoluto correspondente).

Temos, pois, que as presentes modalidades de responsabilidade fazem depender a vários pressupostos (a analisar posteriormente): a existência de um facto voluntário (controlável pela vontade do homem); ilícito, imputável ao lesante, que cause um dano, e que seja possível de estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

### **1.3.2. Comparação**

Há que salientar alguns aspetos diferenciadores entre as duas modalidades de responsabilidade civil aqui em análise<sup>15</sup>.

Assim, em matéria de prova da culpa, enquanto esta se presume na responsabilidade contratual (art. 799.º, n.º 1 CC) o mesmo não acontece, em regra, na responsabilidade delitual, onde o ónus da sua existência cabe ao credor da indemnização (art. 487.º, n.º 1CC); havendo, no entanto, importantes exceções, previstas nos arts. 491.º CC, 492.º, n.º 1 CC e 493.º CC. De facto, em casos de prova difícil, situações de inversão do ónus da prova, em que a responsabilidade continua a depender da culpa do agente, mas essa culpa se presume, sendo

---

<sup>14</sup> PEREIRA, Manuel de Sousa Domingues; *Introdução ao direito e às obrigações*, Almedina, 2007, p.398.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.399.

um desses casos o exercício de atividade tida por perigosa pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados (n.º 2 do art. 493.º CC);

Em caso de pluralidade passiva, o regime é de solidariedade na responsabilidade delitual (arts. 497.º e 507.º CC) mas não o é na responsabilidade obrigacional, onde o regime é o da conjugação; assim, cada um dos obrigados responde por uma parte proporcional da prestação, se o contrário não tiver sido estipulado ou não resultar da lei, salvo se a obrigação violada tiver natureza solidária (art. 513.º CC);

Já a possibilidade de graduação equitativa da indemnização está apenas consagrada para a responsabilidade extracontratual, não devendo considerar-se extensiva à responsabilidade contratual – artigos 494.º e 499.º CC;

Por sua vez, a responsabilidade contratual por facto de terceiro não depende do pressuposto da comissão, requisito estabelecido para a responsabilidade extracontratual – artigos 500.º CC e 800.º CC;

Divergência deveras significativa é aquela que dispõe quanto ao prazo de prescrição, que é de vinte anos para a responsabilidade contratual (art. 309.º CC) e, em princípio, de três para a extracontratual (art. 498.º CC);

Também diferentes são as normas que regulam a capacidade delitual ou imputabilidade (art.º 488.º CC) e a capacidade negocial (arts. 123.º CC, 127.º CC, 139.º CC e 156.º CC);

Já sobre o momento da constituição do devedor em mora, há regras próprias para a responsabilidade aquiliana (art. 805.º, n.º 2, al. b) e n.º 3, 2.ª parte CC), o mesmo se verificando quanto aos efeitos da mora do devedor nas obrigações pecuniárias (art. 806.º, n.º 3 CC);

Finalmente, divergência existem no que diz respeito às regras de conflitos de leis relativas à responsabilidade contratual (arts. 41.º a 44.º CC)<sup>16</sup>.

Os institutos em apreço constituem assim prepostos. Desde logo, podemos dizer que a responsabilidade contratual busca a satisfação do interesse do credor prejudicado pelo incumprimento da obrigação, já a responsabilidade extracontratual visa tutelar bens jurídicos positivados pelo ordenamento jurídico, com o intuito de uma ordenação geral de bens e não uma situação jurídica preestabelecida<sup>17</sup>.

Certo é que, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade, extracontratual ou contratual, se atendermos à dicotomia tradicional do Código Civil, aliás qualquer que ela seja, e aqui consideremos aquela outra modalidade que alguma doutrina apelida como incluída na “terceira via” da responsabilidade, todas elas pressupõem, sempre, a existência de um dano porque sem este não se chega a estar perante um problema de responsabilidade civil<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> PINTO, Fernando A. Ferreira; *O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual*, Revista de direito comercial, *liber amicorum*, 2020, pp.1973 a 1975. Disponível em: Responsabilidade-Civil-AEFDUNL-compressed (1).pdf

<sup>17</sup> MIRANDA, Ludmilla Barros Teixeira; *A problemática da responsabilidade civil pré-contratual do estado por danos resultantes de ilicitudes praticadas no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos*, Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 15 e ss. Disponível em : Tese Ludmilla - Versão Final.pdf (uc.pt)

<sup>18</sup> FERNANDES, Maria Malta, *A perda de chance no Direito Português*, Op. Cit.... p.96.

## 1.4. Pressupostos da Responsabilidade civil

Os pressupostos da responsabilidade civil traduzem os elementos cuja verificação é indispensável à ocorrência da obrigação de indemnizar.

Referindo-se à responsabilidade civil extracontratual, o art. 483º do CC preceitua que, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Da presente norma já podemos verificar pressupostos específicos, que são fundamentais para a análise daquele tipo de responsabilidade civil nomeadamente:

- I) a existência de um facto (controlável pela vontade do homem);
- II) ilicitude;
- III) Imputabilidade do lesante;
- IV) o dano e;
- V) que seja possível estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

E, para tal procederemos de seguida à análise detalhada de cada um dos pressupostos mencionados, sendo que a responsabilidade civil extracontratual é chamada a atuar quando o facto do agente viole direitos alheios ou aja contra as normas jurídicas, infringindo as regras disciplinadoras da boa conduta, causando assim dano a outrem.

É importante que se verifique o nexo de causalidade, ou seja, algo que ligue o facto praticado ao dano causado e que possa ser demonstrado que esse dano é resultante da violação.

### I. Facto voluntário do lesante

No que concerne a existência de um facto, este tem de se tratar de um facto dominável ou controlado pela vontade humana, em regra, será um facto positivo (ação) ou também pode ser negativo (omissão ou abstenção).

Estaremos perante um facto positivo, quando se verifique a violação de um dever geral de abstenção ou por violação de um direito de personalidade de outrem.

Já o facto negativo, reconduz-se a uma conduta negativa, ou seja, a omissão de praticar certo ato gerador de responsabilidade civil.

Por sua vez, tem de se tratar de um facto voluntário, no sentido de se tratar de um facto dominável ou controlado pela vontade do homem. Caracterizando-se por uma conduta que não é pré-determinada.

Apenas deixando de fora, casos de força maior, ou seja, os danos causados pela atuação de circunstâncias fortuitas, isto é, sem atuação da mão do homem<sup>19</sup>.

Se *in casu*, estivermos perante uma situação de responsabilidade contratual, em regra, verifica-se uma conduta negativa do devedor, ou seja, a não realização da prestação, sendo esta conduta omissiva que gera a obrigação de indemnizar.

---

<sup>19</sup> Esta qualificação pretende excluir os factos naturais produtores de danos, ou seja, os que não dependem da vontade humana e se apresentam por ela objetivamente incontrolláveis. Não se exige que se trate de factos humanos intencionais, de comportamentos cujos resultados se hajam de antemão desejado, tal como não se mostra necessário que o agente possua capacidade de exercício de direitos. Disponível em: Responsabilidade-Civil-AEFDUNL-compressed (1).pdf

## II. Ilícitude

A ilícitude consiste na infração de um dever jurídico. Não basta que se pratique um ato que prejudique os interesses de outrem para que haja obrigação de indemnizar. Não basta que prejudique, é necessário que a conduta seja ilícita.

Na perspetiva da responsabilidade civil delitual, a ilícitude referenciada no art. 483.º, n.º 1 do CC corresponde não só à violação do direito de outrem (através de direitos absolutos) como à violação da lei que protege interesses alheios. Assim, dá-se a violação da lei que protege interesses alheios, quando estamos perante uma situação em que não esteja em causa direitos absolutos, isto é, temos apenas uma lei que tolera determinados interesses e a violação dessa lei dá o direito a uma indemnização. No entanto, podem ocorrer situações em que não há ilícitude, por ocorrência de causas especiais que justificam determinado facto que levam à exclusão da ilícitude (v.g. legítima defesa ou estado de necessidade).

Já na responsabilidade civil contratual, a ilícitude reside no incumprimento do contrato previsível no art. 798º CC ao dispor, “ o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor ”, o que, segundo BRANDÃO PROENÇA<sup>20</sup> se traduz na “falta de cumprimento” ou no “cumprimento defeituoso” dos deveres positivos ou negativos estipulados ou considerados integrados no contrato e de que são exemplos, entre outras situações, as circunstâncias do comprador não pagar o preço, do empreiteiro construir a obra com defeitos, do mutuário não restituir na data prevista o capital mutuado, do promitente-comprador não comparecer para cumprir o contrato.

## III. Culpa

A responsabilidade civil extracontratual exige para a verificação do pressuposto da culpa que o sujeito tenha adotado uma conduta que deve ser reprovada e é censurada à luz do direito e é uma conduta reprovável quando perante circunstâncias concretas do caso do agente podia e devia de agir de outro modo.

Para que se considere que aquela conduta do agente é reprovável e censurada são necessários dois requisitos:

A imputabilidade, ou seja, só quem é imputável é que pode ser objeto de um juízo de censura ou reprovação. No entanto o art.488º nº1, do CC, refere que não pode ser objeto de um juízo de censura quem no momento do facto esta incapacitado de entender ou querer. Assim, será o caso de o agente sofrer de autismo, sonambulismo entre outros casos<sup>21</sup>.

O segundo requisito diz respeito ao juízo de censura, já que a conduta tem de ser objeto de um juízo genérico de censura.

Quando falamos em culpa, esta pode abranger duas modalidades, nomeadamente o dolo e a negligência ou mera culpa.

No que concerne, a modalidade caracterizada por negligência, a indemnização é fixada em montante inferior aos danos causados de acordo com o preceito do art. 494º do CC. É considerada a forma menos grave da culpa.

Por seu lado, o dolo é a modalidade mais grave da culpa, configurando o

---

<sup>20</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Universidade Católica Editora, Porto, setembro 2019, p. 222.

<sup>21</sup> Mas já não goza dessa inimputabilidade se voluntariamente se colocou na situação, por exemplo, embriagou-se.

comportamento do agente será afincadamente mais censurável e reprovável.

A grande diferença entre as presentes modalidades esta essencialmente na intenção. Isto é, enquanto o dolo configura o desejo de obter tal resultado pelo agente, no ato culposo, não há um resultado planejado, mas sim uma atitude de negligência, imprudência ou imperícia<sup>22</sup>.

Poderemos ter dolo direto, dolo necessário e dolo eventual. O dolo direto é caracterizado por ser o mais grave entre os referidos anteriormente. Vejamos, aqui o agente representa um determinado efeito da sua conduta é precisamente esse efeito que pretende atingir, apesar de conhecer a ilicitude, v.g. quando numa relação de casal, um trai o outro e a pessoa traída quer matar o amante e mata-o. Atingi-o o resultado que é matar.

Já o dolo necessário verifica-se no caso em que o agente não pretende determinado facto ilícito, mas prevê como necessário da sua conduta (v.g. um bombista que quer matar o presidente, no qual coloca a bomba no carro do presidente. No entanto o fim visado, vai ser matar o motorista que também se encontra acompanhar o presidente).

Estaremos perante dolo eventual, quando o agente representa o resultado ilícito e danoso apenas como possível, mas atua mesmo na convicção de que é mais provável que ele se verifique<sup>23</sup>, tomemos de exemplo um condutor que conduz em alta velocidade numa zona que é permitida uma velocidade reduzida.

#### **IV. O dano e suas espécies**

Para que haja responsabilidade é necessário que ocorra um dano, caso contrário não haverá obrigação de indemnizar. Podemos ter danos classificados de diferentes espécies, vejamos:

- O dano real, também conhecido por “perda in natura” que o lesado sofreu em consequência do facto ilícito e tanto pode dizer respeito à violação de interesses ou a violação de normas.
- Já o dano patrimonial é o reflexo do dano real no património do lesado e mede-se pela diferença entre a situação real e a atual do lesado e a situação hipotética com que se encontraria se não sofresse a lesão.

Do dano patrimonial pode emergir danos emergentes e lucros cessantes. Ora, os danos emergentes são aqueles que decorrem do prejuízo causado nos bens ou direitos já existentes do património do lesado. Por sua vez, o lucro cessante abrange os benefícios que o lesado deixou de usufruir por causa do facto ilícito e que ainda não tinha direito a eles a data da lesão.

Em suma, o dano patrimonial abrange os prejuízos que são suscetíveis de avaliação pecuniária, e que podem ser indemnizados diretamente pela restituição natural ou indiretamente através de uma indemnização. Este dano não se confunde com o dano moral, pois este abrange os danos que não são suscetíveis de avaliação pecuniária porque atinge bens que não integram o património do lesado e que apenas podem ser compensados e não indemnizados, com base no normativo do art. 496º do CC<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em geral*, Vol I, 10ª Ed, Porto, Almedina, 2011, p.566-567.

<sup>23</sup> PEREIRA, Manuel de Sousa; *Introdução ao Direito e às Obrigações*, Almedina, 2007, p.405

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.406

Temos também danos presentes e danos futuros, a presente distinção fixa-se no momento da fixação da indemnização. Enquanto os danos futuros são os que naquele momento se prevê verem-se a verificar-se (art. 564º, nº2 do CC).

Uma classificação de danos a que adiante nos reportaremos, mas relacionada com a responsabilidade civil contratual divide-os em dano de cumprimento (ou de interesse contratual positivo), ou de dano da confiança (ou de interesse contratual negativo)<sup>25</sup>.

A indemnização pelo dano de cumprimento é devida com vista a colocar o lesado na situação em que estaria se o contrato fosse cumprido nos exatos termos em que foi celebrado, isto é, decorre dos prejuízos pelo não cumprimento definitivo do contrato ou do cumprimento deste, tardio ou defeituoso, a indemnização pelo dano negativo tem como objetivo repor o lesado na situação em que estaria se não tivesse celebrado o contrato ou mesmo iniciadas as negociações com vista à sua celebração.

A título de exemplo, atentamos ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de março de 2011<sup>26</sup>, onde, provando-se existir responsabilidade obrigacional pelo incumprimento de deveres jurídicos de conduta, designadamente, dos deveres de lealdade e de informação a cargo de uma entidade bancária/financeira para com um particular na prestação de esclarecimentos e comunicações relevantes para a conclusão de um contrato, decidiu fixar uma indemnização pelo interesse contratual negativo (ou interesse na confiança) dirigida a reparar os danos emergentes da confiança investida que o lesado não teria sofrido ou teria evitado se não tivesse celebrado o contrato que se veio a frustrar (frustrando a expectativa na sua conclusão válida e eficaz), confiando nas informações recebidas.

## V. Nexos de causalidade entre o facto e o dano

A verificação deste pressuposto da responsabilidade civil é importante na medida em que nem todos os danos que surgem de um facto ilícito são incluídos na responsabilidade civil, apenas são incluídos os danos causados por esse facto.

É adotada a teoria da causalidade adequada, que significa que não basta em concreto que o facto tenha sido a causa do dano é necessário em abstrato que seja adequado e produzido segundo a ordem natural das coisas.

Devendo ser adotado um juízo de “prognose póstuma”, isto é, deve existir uma

---

<sup>25</sup> Aliás, Antunes Varela, reporta estes danos exclusivamente à responsabilidade contratual. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações ... op. cit.*, p. 613

<sup>26</sup> Aquele tribunal entendeu que os deveres de informação são mais intensos e exigentes na esfera de entidade qualificadas pelo seu conhecimento, habilitação e experiência, como é o caso das entidades bancárias e financeiras, em face de contraentes menos experientes, mais frágeis e de intervenção ocasional naquele tipo de negócios. Por tal, também por isso devem responder com *culpa in contrahendo* e nesse sentido devem colocar o lesado na situação em que estaria se não se tivesse verificado o facto lesivo, isto é na situação em que estaria se a entidade bancária lhe tivesse comunicado e informado o que deveria para essa conclusão contratual ser despida de vícios ou permitindo que se afastasse da celebração do contrato; Abrangidos por tais danos indemnizáveis, aquele tribunal considerou as despesas realizadas e os custos associados por o lesado ter confiado na conclusão do contrato e na sua execução. Ac. do STJ de 31 de março de 2011 – Processo n.º 3682/05.3TVSLB.L1.S1 – Relator: Fernando Bento, Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

avaliação à posteriori para saber se é possível que aquele facto deu origem àquele dano (art. 563º CC), não estando aqui em causa uma condição, mas a exigência de que essa condição, de acordo com um juízo de probabilidade, seja idónea e produza o dano.

## VI. Obrigação de indemnizar e titularidade

A responsabilidade civil atua através da obrigação de indemnizar, sendo que esta tem em vista tornar indemne o lesado, isto é, colocá-lo na situação em que estaria se não tivesse sofrido o dano. A indemnização deve ser feita em princípio e de acordo com o art. 562º CC (restituição *in natura*) e só quando não for possível é que tem lugar a indemnização em dinheiro ou equivalente (art.566ºCC). Isto é, dá-se a substituição da restituição *in natura* pelo ressarcimento pecuniário quando a indemnização for excessivamente onerosa para o devedor, ou seja, apenas é admissível quando houver uma desproporção justificativa entre o interesse do lesado, de modo a colocá-lo na situação em que estaria, e o custo que ela envolve para o lesante, no sentido que represente para este; por v.g. atendendo o valor da reparação e a sua situação económico financeira, sendo um sacrifício manifestamente desproporcionado por forma a ser considerado abusivo, por ser contrário à boa fé, o valor decorrente da restituição natural<sup>27</sup>.

A questão que se levanta após a responsabilização do lesado, é saber quem terá direito a receber a indemnização. Por norma é o titular do direito lesado e não terceiros que eventualmente sejam prejudicados, no entanto o art. 495º CC determina que também terceiros possam ser indemnizados, nos casos de morte ou lesão corporal., considerando-se aqui terceiros, aqueles a quem o lesado já prestava alimentos<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> AC. do TRC, de 6 de outubro de 2009, Proc. nº17/07.4TBCBR.C1, Relator: Carlos Moreira. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>28</sup> LEITÃO, Luís Manuel Menezes; *Direito das Obrigações*; Vol.I, 6º Ed., Almedina, 2007, pp.402 e ss.

## Capítulo II- A Responsabilidade Pré-Contratual

### 2.1. Princípios e Deveres em colisão com o art.227º CC

#### 2.1.1. Enquadramento geral

No âmbito da responsabilidade civil pré-contratual, podemos verificar que este tipo de responsabilidade não tem um suporte que se alicerce em outro tipo de responsabilidade civil já por nós conhecida.

A responsabilidade civil pré-contratual assenta no princípio da boa fé, têm a sua previsão normativa no art. 227.º CC, e sob a epígrafe “culpa na formação dos contratos”, refere que “quem negocia com outrem para 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”.

O problema que se levanta à primeira vista, é se o sujeito jurídico tem a liberdade de celebrar um contrato com quem lhes aprouver, será que têm, também, a liberdade de romper com as negociações na fase preliminar?

Outra questão a considerar passa pelo fundamento do art. 227.º CC ao prever a responsabilidade pela violação do princípio da boa fé no caso de incumprimento de uma das partes na fase pré-contratual.

Assim, procederemos a análise do princípio da boa fé, enquanto princípio informador do direito civil, conformando-o com a liberdade contratual enquanto corolário do princípio da autonomia privada.

#### 2.1.2. Liberdade Contratual e Autonomia Privada

Antes de passarmos ao desenvolvimento do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual importa tecer algumas, ainda que breves, considerações.

Nas palavras de SAVIGNY, o contrato é “um negócio jurídico composto por duas ou mais declarações de vontade de sentidos opostos, que, porém, terminam por convergir num mútuo acordo, dirigido à produção de efeitos jurídicos coincidentes com o teor das vontades manifestadas”<sup>29</sup>.

Assim, o contrato é caracterizado essencialmente por um acordo vinculativo de vontades opostas entre as partes, mas que são harmonizáveis entre si através do consenso. A não verificação de consenso entre as declarações de vontade faz com que não nasça o contrato, pois não se ajustam uma à outra.

De acordo com o art. 232º do CC, para que haja contrato e que este esteja em conformidade das partes tal como está na base do conceito, torna-se imprescindível que o acordo de vontades, resultante da junção da proposta de uma das partes com a aceitação da outra, e que abarque todos os pontos da negociação. Ora, se a resposta da aceitação do destinatário da proposta contratual não for de pura aceitação, considera-se como rejeição da proposta recebida ou como formulação de uma nova proposta até se alcançar o pleno acordo dos contraentes (art.233º do CC).

---

<sup>29</sup> COSTA, Mariana Fontes da; *Rutura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, 1º Ed, 2011, p.19.

Para além desses fatores, é necessário que as partes queiram um acordo vinculativo, que obedeça as regras do Direito.

Como linha orientadora do princípio da liberdade contratual temos o princípio da autonomia privada, que confere o poder reconhecido aos particulares, de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica<sup>30</sup>, entendendo-se por esfera jurídica do indivíduo o conjunto de relações jurídicas de que nós sujeitos jurídicos somos titulares, ou seja, os direitos e deveres.

O princípio da liberdade contratual, princípio basilar do direito civil e trave-mestra na celebração dos contratos, tem a sua regulamentação no n.º 1 do art. 405º CC, e consiste na faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, celebrarem contratos diferentes dos previstos no código ou incluir cláusulas que lhes aprouver. De outro modo, as partes são livres, ao contratar, na medida em que podem seguir a sua vontade, sem estarem obrigadas a seguir rigorosamente a lei<sup>31</sup>.

Para além da liberdade de fixação do conteúdo do contrato, estão implicitamente consagrados no art. 405º CC, dois momentos distintos: a liberdade de contratar e a liberdade de escolha da contraparte.

Como já referimos aquele preceito admite expressamente que as partes celebrem contratos diferentes dos previstos na lei, aplicando as cláusulas que lhes prouver e melhor servirem os seus interesses, o que significa que as partes, ao abrigo da autonomia contratual reconhecida formalmente por este preceito normativo, podem celebrar contratos diferentes dos tipos previstos na lei, contratos que envolvam modificações relativamente aos tipos legais e ainda contratos em que se coincidam com outros tipos de contrato.

A liberdade de contratar tem assim por objetivo, uma vez concluído o contrato, que as partes estão unilateralmente ligadas a ele, não podendo para o efeito afastarem-se do mesmo.

Ao longo do contrato as partes vão manifestando os seus interesses recíprocos. E, com os interesses em causa, surge a necessidade de proteção da confiança de cada uma das partes na validade do negócio e essa vinculação recíproca não viole o princípio da autonomia privada, na medida em que assenta na autodeterminação de cada um dos contraentes.

No entanto, o princípio da liberdade contratual não é assim tão linear já que sofre algumas limitações. Tais limitações dizem respeito<sup>32</sup>:

- a) Ao dever jurídico de contratar;
- b) Proibição de celebrar contratos com determinados sujeitos;
- c) Sujeição do contrato a autorização de outrem;

Após a tomada decisão de livremente contratar, o sujeito goza ainda da faculdade de escolher livremente a pessoa com quem vai realizar o contrato.

Também aqui existem verdadeiros corolários à liberdade de contratar, umas resultantes da vontade das partes, outras provenientes da lei, ou seja, as restrições que dizem respeito a vontade das partes temos como exemplo os casos de pactos de preferência, mediante os quais um dos contraentes (o obrigado à preferência) se compromete a escolher outro (em condições de igualdade) como sua contraparte, na hipótese de se ter decidido a realizar determinado

---

<sup>30</sup> MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, Teoria Geral do -Direito Civil, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2012, p.102.

<sup>31</sup> VARELA, João de Matos Antunes; Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10ª Ed., Almedina, 2004, p.231.

<sup>32</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Noções Fundamentais de Direito Civil*; 7ª Ed., Almedina, 2018, p.47.

contrato.

As restrições resultantes da lei são as restrições resultantes dos direitos legais de preferência e as restrições impostas pelas normas que reservam para certas categorias de profissionais a realização de determinados tipos de prestação de serviços.

A liberdade de modelação do conteúdo dos contratos desdobra-se na possibilidade de celebrar qualquer dos contratos típicos ou nominados previstos na lei, na faculdade de aditar a qualquer desses contratos as cláusulas que melhor convierem aos interesses prosseguidos pelas partes e na possibilidade de se realizar contratos distintos dos que a lei prevê e regula.

Tais limitações à liberdade de modelação do conteúdo dos contratos podem-se considerar abrangidas no preceito do artigo 405.º CC: “dentro dos limites da lei”. Estes limites abrangem os requisitos formulados nos artigos 280.º CC e seguintes quanto ao objeto do negócio jurídico e no artigo 398.º, n.º 2CC ; e compreendem ainda as várias disposições dispersas por toda a legislação que proíbem, no geral, sob pena de nulidade, a celebração de contratos com certo conteúdo; os contratos normativos e os contratos coletivos, cujo conteúdo, fixado em termos genéricos, se impõe em determinadas circunstâncias como um padrão que os contraentes são obrigados a observar nos seus contratos individuais de natureza correspondente; e as normas imperativas que se refletem no conteúdo dos contratos<sup>33</sup>.

Após uma breve alusão ao princípio da liberdade contratual a questão que se levanta prende-se com a aplicabilidade do presente princípio na responsabilidade civil pré contratual.

Em confronto estão dois tipos de interesses por um lado, a liberdade contratual que decorre da autonomia da vontade, na qual se integra o princípio da liberdade contratual e por outro, a proteção da confiança perante as expectativas criadas durante a fase pré contratual.

Aqui, o princípio da liberdade contratual não pode ser entendido em termos tão latos que legitime qualquer conduta das partes durante as negociações, que terão sempre de ser orientadas pelo dever da boa fé.

Atendamos à questão apontada por EVA SILVA, “Como não defender a liberdade de os contraentes ao romperem as negociações se ainda não concluíram qualquer contrato?”<sup>34</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, esta problemática apresenta-se tutelada no art.227º do CC, cuja é epígrafe é “culpa na formação dos contratos”. No qual pode-se ler “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 sobre os danos que culposamente causar á outra parte”.

Uma primeira abordagem à leitura do preceito normativo permite-nos considerar que há uma relação obrigacional nascida nos preliminares do contrato e integrada por deveres de conduta fundados na boa fé, cuja a violação faz incorrer contraparte na obrigação de indemnizar os danos causados a parte lesada que viu a sua esfera jurídica prejudicada.

Nas palavras de FREDERICO PRATA, “a norma em análise contém uma verdadeira tensão dialética entre o princípio da autonomia privada / liberdade contratual e o da boa fé”<sup>35</sup>. O

---

<sup>33</sup> VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Ed., Almedina, 2004, p.246.

<sup>34</sup> SILVA, Eva Sónia Moreira da; *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação e os Vícios da Vontade*, Almedina, 2010, p. 19.

<sup>35</sup> PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro; *Responsabilidade Pré contratual por ruptura Ilegítima das negociações*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.24, Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil. Disponível online em: Responsabilidade pre-contratual por ruptura.pdf (uc.pt).

mesmo vale por dizer que a culpa na formação dos contratos reflete uma verdadeira exceção ao art. 405º do CC, na medida em que o legislador procurou colocar um entrave na liberdade de romper as negociações (imposta aqui como uma vertente negativa da liberdade contratual - conhecida como uma ideia “freedom from contract” tendo em vista a celebração de um negócio, de uma forma a salvaguardar os legítimos interesses e expectativas criadas na contraparte<sup>36</sup>.

### 2.1.3. Princípio da Boa-Fé

O princípio da boa fé, assume um papel predominante no nosso ordenamento jurídico, que tem vindo acompanhar a evolução da sociedade e do Direito. O princípio em análise confere à ordem jurídica uma certa justiça e equidade, ou seja, confere aos cidadãos o dever moral e ético-jurídico.

No Direito ele assume um papel importante, mas tem um grande impacto no âmbito dos contratos. Deste modo, impõe que os outorgantes, intervenientes num contrato, ajam de modo honesto, correto e leal, e que se comportem de modo a não frustrar a posição da contraparte, assumindo assim um padrão normativo de conduta que regula toda a relação contratual desde o seu surgimento até à sua extinção.

Digamos que o princípio da boa fé, está patente antes da celebração do contrato, ocorrendo nos seus preliminares (fase negociatória) e na sua formação (fase decisória) tal como o determina o art. 227º, nº 1 CC e mantendo-se na sua celebração e conclusão (art. 762º, nº2 CC e art.239º CC).

A propósito deste princípio, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>37</sup> refere em acórdão de 6 de dezembro de 2016: “a boa fé consiste, em geral, no comportamento honesto e consciencioso, na lealdade de se conduzir e tem, no caso do art. 227º do CC, um sentido vincadamente ético, ao contrário do que sucede em muitos outros casos em que o seu significado ético se esgota numa situação psicológica muito simples e fácil de definir”.

A concretização do princípio da boa fé é nada mais nada menos que a seriedade e honestidade de atuação de cada individuo na ordem jurídica.

Alguma doutrina distingue a boa fé em subjetiva e objetiva.

Enquanto a boa fé subjetiva é aquela em que o agente acredita que a sua conduta está correta de acordo com o que conhece sobre o tema a ser contratado, a boa fé objetiva, parte de um padrão comum, versa sobre um conjunto de deveres exigidos nos negócios jurídicos, isto é, nos contratos, destinado a pautar a conduta dos contratantes através da honestidade, probidade que são impostos na boa fé<sup>38</sup>.

Relativamente a boa fé objetiva temos como exemplo a relação dos advogados com os seus clientes, já na boa fé subjetiva temos como exemplo, um locatário que paga reiteradamente a prestação todos os mês ao locador durante anos, esta ação é verificada entre os dois sujeitos diretamente. Com o falecimento deste, passa o locatário a pagar os seus alugueres para o único filho conhecido do proprietário, ato que decorre durante vários meses subsequentes. Volvidos anos retorna de viagem o outro filho do locador, até então

---

<sup>36</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira; *Contratos I- Conceito*. Fontes. Obrigações, 5ª Ed., Almedina, 2013, p.206.

<sup>37</sup> Ac. STJ, de 6 de dezembro de 2018. Proc. nº 3407/15.5T8BRG.G1.S2.Relator: Ilídio Sacarrão Martins, Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>

<sup>38</sup> PINTO, Manuel Lopes Madeira; A jurisprudência moderna a liberdade contratual? Revista Julgar, 2019, p.8.

desconhecido pelo locatário, exigindo metade do que foi pago ao seu irmão. Deste modo, a lei considera plenamente válido o pagamento teoricamente equivocado do locatário configurando assim uma boa fé subjetiva.

O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 17 de maio de 2012<sup>39</sup> vem clarificar o conceito normativo de boa fé referindo que o mesmo é utilizado pelo legislador em dois sentidos distintos: no sentido de boa fé objetiva, enquanto norma de conduta, isto é, no plano dos princípios normativos, como base orientadora e fundamento de efetivas soluções reguladoras dos conflitos de interesses, alcançadas através da densificação, concretização e preenchimento pelos tribunais desta cláusula geral; e no sentido de boa fé subjetiva ou psicológica, ou seja, como consciência ou convicção justificada de se adotar um comportamento conforme ao direito e respetivas exigências éticas.

Segundo EVA SILVA<sup>40</sup>, o âmbito de proteção do art. 227º CC não se fica pela fase de negociações do contrato, incluindo também a fase decisória, correspondente “ao momento decisivo da conclusão de um contrato, abrangendo, por conseguinte, a fase crucial da redação final das cláusulas do contrato”.

No caso, aplicar-se-á independentemente de ter gerado contrato ou não, de ser válido ou inválido, o importante aqui é que se verifique que na negociação se tenha violado o princípio da boa fé e, deste modo, se tenha provocado danos à contraparte.

A *culpa in contrahendo* tem como fundamento jurídico, tão-somente a violação de um dever imposto pela boa fé, sendo que nas palavras de ALMEIDA COSTA<sup>41</sup> tal violação surgiu “em virtude de ter sido criado entre as partes negociadoras uma vinculação jurídica especial, de acordo com o qual cada um deve comportar-se segundo é de esperar de um honrado participante no negócio jurídico”.

#### **2.1.4. Tutela da confiança**

Na medida em que existem expectativas relativamente ao comportamento do outro na sua atuação negocial, crendo assim que este não o vai prejudicar com os seus atos, podemos dizer que de certo modo, o princípio da boa fé tem semelhanças com o princípio da confiança. Segundo BATISTA MACHADO, este último é “um princípio ético jurídico fundamentalíssimo e a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem”<sup>42</sup>.

Essa perspetiva permite-nos deduzir que o princípio da boa fé se reflete nas linhas orientadoras do princípio da confiança, já que tem em vista tutelar as legítimas expectativas dos contraentes.

---

<sup>39</sup> Ac. STJ, de 17 de maio de 2012, Proc. n.º 05A3054. Relator Lopes do Rego. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>40</sup> SILVA, Eva Sónia Moreira da; *A responsabilidade pré contratual por violação de deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2010, p.30.

<sup>41</sup> COSTA, Mário Júlio Almeida; *A responsabilidade pré contratual pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra Editora, 1984, RLJ ano 116º, p.152.

<sup>42</sup> DIAMVUTU, Lino; *A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais*, op. cit. p.3.

A maioria da doutrina portuguesa<sup>43</sup> prossegue o entendimento de que a tutela da confiança pressupõe a verificação de quatro requisitos: a) uma situação de confiança traduzida na boa fé da pessoa que acredita na conduta de outro sujeito; b) uma justificação para essa confiança, sem desmerecer os deveres razoáveis da boa fé; c) um investimento de confiança na contraparte consistentes em, que a outra parte está com o mesmo objetivo de negociar; d) uma imputação da confiança à pessoa atingida pela proteção dada ao confiante.

Salienta-se aqui a confiança na conclusão do contrato, visto que a mesma deve ser alicerçada em dados concretos e inequívocos, analisados mediante critérios de consciência e senso comum ou prática corrente.

Para além dos fatores referenciados sobre a tutela da confiança, CARNEIRO FRADA<sup>44</sup> diante a questão do enquadramento da responsabilidade pela confiança na responsabilidade civil tradicional, defende posição minoritária no sentido da existência de um *tertium genus*: segundo o mesmo, a proteção da confiança seria um terceiro gênero de responsabilidade civil, autônoma em relação às duas grandes modalidades já existentes (a contratual e a extracontratual).

Na terceira via, estariam incluídos fenômenos de responsabilidade por deveres não delituais ou não contratuais, tais como a responsabilidade por informação ou por violação de deveres de proteção (deveres específicos). Além disso, a responsabilidade pela frustração da confiança seria independente daquela advinda do descumprimento dos deveres laterais de conduta ligados à boa-fé<sup>45</sup>.

## **2.2 - Deveres pré-contratuais inseridos no art.227º do CC**

### **2.2.1 – Considerações gerais**

Os deveres pré-contratuais surgem no art. 227º CC de uma forma um pouco implícita.

Ao analisarmos o preceito, verificamos que o mesmo não refere quais os deveres que estão inerentes, referindo apenas “...proceder segundo as regras da boa fé...”.

Digamos que, resulta da letra da lei, pouco claro sabermos quais os deveres que devem ser refletidos nesta norma, para que a parte contratante que não respeite o princípio da boa fé seja efetivamente penalizada.

De acordo com o princípio da boa fé e em sintonia com a doutrina, nomeadamente, segundo MENEZES CORDEIRO<sup>46</sup>, “A boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimentos ou informação”.

---

<sup>43</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de; *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 3ª Ed, 2005, p. 21; CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito Civil Português*, Parte geral I, 2ª Ed, Almedina, Coimbra, 200, pp.235 e ss.

<sup>44</sup> FRADA, Manuel Carneiro da; *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?* Coimbra, Almedina, 2007, p.95

<sup>45</sup> FERREIRA, Patrícia Cândido Alves; *O princípio da confiança: proteção e tópica jurisprudencial dos contratos de saúde suplementar*, Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 2/2015, p.4.

<sup>46</sup> CORDEIRO, António Menezes; *Da boa fé no direito civil*, Coleção de teses, Almedina, 2013, p.546.

## **a) Dever de informação**

O dever pré-contratual de informação corresponde a ideia de que a parte que negocia deve prestar à contraparte informações e esclarecimentos, corretos e suficientes, para um bom funcionamento do negócio para que o mesmo chegue a decisão das partes de contratar.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO<sup>47</sup> os deveres de informação devem abranger as partes à prestação de todos tanto podem ser violados por ação, através de indicações inexatas, como por omissão, isto é, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objetivo de conhecer. A título de exemplo, o Autor refere o dolo negocial previsto no art. 253º nº1 CC, que implica de forma automática, a violação dos deveres de informação. Referindo que não se esgota, desde logo pode haver violação que, não justificando a anulação do contrato por dolo, constitua, no entanto, violação culposa do cuidado exigido e, por isso, obrigue a indemnizar por culpa in contrahendo.

Também SINDE MONTEIRO<sup>48</sup> refere que o dever de informar termina no ponto em que uma parte não tem de se preocupar com os interesses da outra, por conseguinte, com respeito a circunstâncias que caíam inequivocamente na esfera do risco.

Nestes termos, segundo o Ilustre Autor, o que está excluído do dever de informação da contraparte implícito na regra da boa fé tipificada no art. 227º do CC é a obrigação de lhe dar a conhecer todos os elementos ou circunstâncias a que qualquer pessoa tenha acesso desde que atue com diligência.

Deste modo, a obrigação de informar existe, contudo, sempre que, a informação de que a parte dispõe se reporta a um dado fundamental para a esclarecida formação da vontade negocial da contraparte e que a mesma, agindo por sua exclusiva iniciativa, não possa aceder diretamente.

## **b) Dever de proteção**

Os deveres de proteção obrigam a que, no contexto de negociações preliminares, não se infrinjam danos à contraparte de modo a preservá-la. Os danos referidos podem ser diretos, por um lado, à sua pessoa e bens; os danos indiretos que possam advir deste dever, podem ser derivados de despesas e outros sacrifícios normais que uma contratação possa envolver, por força do desenvolvimento subsequente do processo negocial<sup>49</sup>.

Queremos dizer com isto, que na fase pré-contratual, as partes devem evitar qualquer conduta que seja suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais, morais ou patrimoniais.

---

<sup>47</sup> CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3ª Ed., Coimbra, 2015, pp. 508 e ss.

<sup>48</sup> MONTEIRO, Sinde; *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, *Op. Cit.*, p.363.

<sup>49</sup> DIAMVUTU, Lino; A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais, *Op. Cit.*, p.18. Vd. Ac. do STJ, de 11 de setembro de 2007, Proc. nº 07A2402, Relator: Fonseca Ramos. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

### c) Deveres de lealdade e honestidade

Os deveres de lealdade<sup>50</sup> assumem um papel importante na relação pré-contratual entre as partes, na medida em que vinculam as mesmas a não assumirem comportamentos que se desviem de uma negociação correta e honesta. Inserindo-se neste âmbito os deveres de sigilo, ou seja, as partes não podem revelar matéria de que tenham tido conhecimento por via da negociação, quando, com isso, se contrarie as expectativas da outra parte através dos deveres de cuidado, no qual devem ser preservados, quer na atuação preliminar, como na formação válida do contrato, excluindo os atos que sejam dolosos ou negligentes, ponham em causa, sem razão, essa possibilidade.

Estes deveres caracterizam-se pela proteção da confiança e a materialidade da atividade jurídica. A responsabilidade pré-contratual funciona, assim, quando a violação dos deveres de proteção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela atividade anterior do lesante ou quando essa mesma violação retire às negociações a sua forma de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo, que em termos de normalidade, as partes lhe atribuem. Através destes mecanismos, a culpa *in contrahendo* permite controlar o conteúdo do contrato, face as inutilidades, desequilíbrios e injustiças.

O princípio da boa fé, na modalidade de dever de lealdade, marca um limite, no entanto não se deve desvalorizar o aspeto negativo, que possibilita em última análise, a escolha de contratar e não contratar.

Por isso, na rutura das negociações para formação de um contrato é, em princípio lícita. Só, não é lícita, se, criada por uma das partes durante a conservação das negociações no diálogo contratual entre as mesmas, na expectativa justificada de conclusão, prorrogação ou renovação de um contrato, a outra parte frustrar essas expectativas de tal forma que sejam consideradas desleais<sup>51</sup>.

## 2.2. Síntese

De uma forma geral, a boa fé nas negociações preliminares exige que as partes, no espaço da liberdade que lhes é permitido, informem todos os aspetos relevantes para as negociações e que não assumam atitudes contrárias aos objetivos primordiais da ordem privada que, mesmo aí, mantêm sempre a sua aplicação.

A *culpa in contrahendo* a que alude o art. 227º CC consagra um subsistema misto, isto é, não protege, em exclusivo, a confiança ou a materialidade subjacente, uma vez que, para se efetivar exige sempre a culpa do responsável, o que em termos objetivos, envolve sempre os sujeitos envolvidos na relação contratual.

Comparando os deveres supra explanados, podemos referir que, os deveres de informação são mais intensos face a entidades qualificadas e fortes, perante parceiros débeis enquanto os deveres de proteção e de lealdade impõem-se, com maior firmeza a negociadores

---

<sup>50</sup> Porém, este dever de lealdade não pode ir de encontro à liberdade de contratar, ou seja, o referido dever não obriga às partes a concluírem as negociações, pois estas têm a liberdade de romperem as negociações quando assim entenderem, resguardando-se, no entanto, o direito da outra parte ser indemnizada pelos prejuízos causados por esta rutura.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira; *Contratos I- Conceito. Fontes. Obrigações, Op. Cit.*, p.206.

experientes do que a intervenientes ocasionais quando em causa se encontram relações contratuais desse tipo, o que em termos jurídicos tem a sua lógica.

Assim sendo, a culpa na formação dos contratos reporta-se às negociações em si, funciona com independência face ao futuro contrato, ou seja, sem consideração pelo facto de se ter obtido um contrato válido, um contrato nulo ou anulável ou nenhum destes.

O contrato é importante, para aferir o modo como decorrem os preliminares: ora, um contrato válido, com desequilíbrios ou disfunções, pode revelar culpa na celebração; um contrato inválido, seja qual for o vício, embora, nalguns casos, como o dolo, *a culpa in contrahendo* seja mais evidente, pode evidenciar esse vício.

### 2.3. Surgimento e evolução da responsabilidade civil pré-contratual

Para compreendermos o instituto da responsabilidade pré-contratual, é preciso analisar o seu surgimento e a sua evolução no nosso ordenamento jurídico.

O primeiro apontamento histórico referente ao presente tema foi escrito pelo autor alemão RUDOLF VON JHERING em 1861, com a obra intitulada "*Culpa in contrahendo oder Scadensersatz bet nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertragen*"<sup>52</sup>.

Na obra referenciada, JHERING procurou nas fontes romanas soluções para as situações em que um contrato, por erro ou outro motivo ligado à divergência entre a vontade e a declaração, ou ainda por rutura das negociações, era considerado nulo e, por tal facto, causava prejuízo a um dos intervenientes na negociação.

O autor alemão questionava-se, por exemplo, sobre as consequências de uma venda celebrada com base em erro sendo este proveniente do vendedor, concluindo que o interesse do comprador poderia ser acolhido por duas vertentes: a) poderia ter interesse na realização do contrato, ou seja, no cumprimento, ou seja, aqui o comprador receberia um equivalente em dinheiro, isto é tudo aquilo que teria tido em caso de validade do contrato (se houve a reposição da coisa pelo comprador ao vendedor, a indenização seria a diferença no excesso de valor da coisa acima do preço da compra); b) poderia, por outro lado, ter interesse na não conclusão do contrato e aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior da conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado (no ressarcimento, por exemplo, dos custos do transporte; publicidades; visitas).

Estas duas alternativas vieram a tomar a designação, respetivamente, de "interesse positivo e negativo"<sup>53</sup>.

Deparando-se com uma questão para a qual a doutrina disponível da época não oferecia respostas, surgiu o interesse de JHERING pelo estudo da figura que veio a chamar-se de *culpa in contrahendo*.

Tentando resolver algumas questões que o mitigavam. Desde logo, na sua obra levantava um problema, sendo o seguinte: O Senhor A encomenda 100 libras de determinada mercadoria ao Senhor B, mas por lapso troca o sinal de libra por quilo. O vendedor (B) ao proceder à entrega dos 100 quilos da mercadoria ao comprador (A), depara-se com a recusa deste em recebe-los.

---

<sup>52</sup> JHERING, Rodolf Von; *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, GESTLEGAL,2020, p.3 ss. Tradução feita pelo autor Paulo Mota Pinto.

<sup>53</sup> Vd. Para mais desenvolvimento, ver capítulo III) sobre quantum indemnizatório.

Não há dúvida que o contrato seria nulo se o lapso fosse realmente provado. A pergunta que se coloca é a seguinte: Será que a parte culposa vai responder pelas despesas que a contraparte realizou por sua culpa? (v.g. os gastos com as embalagens de envio e as deslocções)<sup>54</sup>. A este respeito, poucos foram os autores que se debruçaram naquela época sobre o assunto.

VON SAVIGNY e VON WACHTER<sup>55</sup>pronunciaram-se negativamente sobre o tema e, segundo JHERING, com razão. Visto que, não poderia falar-se dos princípios da culpa contratual já que o contrato não chegou a formar-se, além de que não poderia aplicar-se os princípios da culpa extracontratual, e desta forma não há como tutelar a parte lesada pela via aquiliana.

Desta forma, o agente seria desculpado e a parte lesada teria de suportar os encargos resultantes da culpa indevida de outrem o que levou JHERING a questionar-se por uma responsabilidade decorrente de um contrato inválido por culpa de uma das partes, ou seja, um instituto que tutelasse a confiança da contraparte na validade do contrato<sup>56</sup>.

Ainda no seu estudo, JHERING deparou-se com uma situação que tinha vivenciado e, que ficou conhecida como o “Caso do Lapso do Núncio”. Perspetivado na seguinte situação: JHERING havia encomendado um quarto de uma caixa de charutos através de um amigo que iria a Bremen, porém, acabará recebendo quatro caixas. Esse caso o levou a uma investigação e pesquisa sobre o fundamento que permitiria que a parte que “errou” na formação do contrato fosse responsabilizada. Apesar de grandes esforços por parte do autor, o mesmo não encontrou uma resposta satisfatória na doutrina disponível naquela época.

Às mãos de GUILHERME MOREIRA<sup>57</sup>, a *culpa in contrahendo* surgiu no direito português, em 1911, na primeira edição das Instituições do Direito Civil Português, na parte relativa às obrigações contratuais, acolhendo a teoria de JHERING.

À data ainda vigorava o Código de Seabra, legislação que não possuía quaisquer disposições a propósito da figura. Admitia-se, então, a *culpa in contrahendo* para as hipóteses de celebração de contratos nulos, especialmente no caso da venda de coisa alheia de má fé, excluindo, no entanto, a sua aplicação nos casos em que uma das partes, contra a boa fé, rompesse as negociações.

Através das exteriorizações expostas, JOSÉ TAVARES<sup>58</sup> veio expressamente defender a sua aplicação também no caso da rutura injustificada das negociações.

GUILHERME MOREIRA, ponderando a aplicação da *culpa in contrahendo* em Portugal, à face do Código de Seabra, delimitava, dela, os casos de responsabilidade consagrados, de modo expreso, na lei. Fora deles acabou por admitir a *culpa in contrahendo* quando houvesse uma garantia legal ou contratual que implicasse a “indenização por perdas e danos” por vício da coisa ou pela “culpa ou negligência” na verificação dos requisitos da validade do contrato.

Apesar da existência de uma forte corrente doutrinária favorável à *culpa in contrahendo* que

---

<sup>54</sup> JHERING, Rodolf Von; *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, Op. cit., p.4.

<sup>55</sup> MENDES, Pedro Pimenta; *Natureza jurídica da Responsabilidade pré-contratual*, Revista de Direito da Responsabilidade,2019, p. 864.

<sup>56</sup> Ibidem, p.865.

<sup>57</sup> TRAVESSAS, Bernardo; *A culpa in contrahendo nos Direitos inglês, alemão e português*, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, p.5. Disponível para consulta em: A culpa in contrahendo nos Direitos inglês, alemão e português | Bernardo Travessas - Academia.edu

<sup>58</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes; *Direito das Obrigações*, Vol.I, 6ª Ed., Almedina, 2007, p.358.

incluía nomes como BELESA DOS SANTOS e CUNHA GONÇALVES, também existiam autores que se opunham à sua admissibilidade. Tal é o caso de JAIME DE GOUVEIA para quem a doutrina da *culpa in contrahendo* seria ilógica e arbitrária<sup>59</sup>.

Após valioso e aprofundado estudo da figura, a proposta de Vaz Serra positivou o art. 227º no Código Civil de 1966 nomeando-o como “culpa na formação dos contratos” encontrando-se alguma divergência doutrinária quanto à sua epígrafe; se há quem a apelide quer em responsabilidade por *culpa in contrahendo*, outros optam por lhe chamar responsabilidade pré-negocial ou responsabilidade pré-contratual.

De entre várias opiniões MOTA PINTO<sup>60</sup> manifesta-se ao criticar o uso de responsabilidade pré-contratual e responsabilidade por *culpa in contrahendo* como expressões sinônimas.

O ilustre Autor refere que o elemento essencial da responsabilidade em estudo é a existência de obrigações entre as partes na fase pré-negocial, e não a culpa, de maneira que o nexo de imputação entre o fato e o sujeito nem sempre se traduz na culpa, visto que ela pode ser dispensada ou, em outras situações, não se mostrar suficiente, sendo necessária a presença do dolo.

Já CARNEIRO DA FRADA<sup>61</sup>, por sua vez, salienta que a responsabilidade pré-contratual, que advém da rutura das negociações, é uma espécie de responsabilidade por *culpa in contrahendo*.

ALBERTO GONZÁLEZ<sup>62</sup> compreende que o mais correto é designar a responsabilidade pré-contratual como responsabilidade por *culpa in contrahendo* (culpa no processo de formação do contrato).

Por seu turno ALMEIDA COSTA<sup>63</sup> entende que a expressão mais rigorosa será responsabilidade pré-negocial, dado que a matéria vai além dos contratos, abrangendo, igualmente, os negócios jurídicos unilaterais. Contudo, destaca o Autor que a expressão responsabilidade pré-contratual será a preferencial, uma vez que o contrato é o domínio de eleição desta figura jurídica.

Queremos dizer com isto que a utilização de qualquer um dos termos suprarreferidos anteriormente, referem-se indistintamente à mesma realidade, ou seja, à obrigação de uma das partes indemnizar a contraparte caso aquela não respeite as exigências impostas pelo princípio da boa fé.

## 2.4. O regime da *culpa in contrahendo* no Direito português

No artigo 227.º, n.º 1 do CC, acolheu-se expressamente o princípio conforme o qual: “Quem negocia 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.”

Através, deste preceito, compreendemos que existe uma relação obrigacional que surge

---

<sup>59</sup> TRAVESSAS, Bernardo; *A culpa in contrahendo nos Direitos inglês, alemão e português*, Op. Cit., p. 7 e 8.

<sup>60</sup> NETO, Abílio; *Código Civil- Anotado*; 16º Ed, EDIFURUM, Lisboa, 2009, p.121.

<sup>61</sup> FRADA, Manuel Carneiro da; *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p.758.

<sup>62</sup> GONZÁLEZ, José Alberto; *Direito da Responsabilidade Civil*, Quid Juris, 2017, p.47.

<sup>63</sup> MIRANDA, Ludmilla Barros Teixeira; *A problemática da responsabilidade civil pré contratual do estado por danos resultantes de ilicitudes praticadas no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos*, Coimbra, 2018, p.26

nos preliminares do contrato e está inerente aos deveres de conduta fundados pela boa fé, cuja violação faz incorrer a parte faltosa na obrigação de indemnizar os danos desse modo causados a outrem.

Conforme MENEZES CORDEIRO<sup>64</sup> refere, podemos dividir o preceito do artº 227º do CC em duas fases fundamentais no *iter negocial* percorrido pelos contraentes.

Uma primeira fase, apelidada de fase das negociações prévias (preliminar), integrada pelos atos preparatórios à celebração do contrato, e que se estende, desde os primeiros contactos dos outorgantes até à formação de uma proposta contratual definitiva.

Uma segunda fase, a chamada fase decisória ou de formação do contrato propriamente dito, constituída por duas declarações de vontade vinculativas, ou seja, a proposta e a aceitação do contrato.

Se atendermos à análise do n.º 1 do art. 227º CC, a sua sistematização literal traduz essa mesma separação ao referir-se, sucessivamente, à observância das regras da boa fé, tanto nos preliminares (fase negociatória) como na formação (fase decisória) do contrato.

Estabelecem-se ainda certos corolários desse princípio em preceitos alargados do CC, nomeadamente os artigos 229.º, n.º 1, 245.º, n.º 2, 246.º e 898.º.

MOURA VICENTE<sup>65</sup> evidencia que as categorias de situações típicas suscetíveis de originarem o dever de indemnizar previsto neste preceito não se restringem, como preconizou JHERING, às hipóteses de invalidade do contrato por vício imputável a facto culposo de uma das partes (v.g. a incapacidade que uma das partes tenha ocultado à outra, a falta ou vícios da vontade, a falta ou abuso de poderes de representação, a impossibilidade ou ilicitude do objeto, etc.), mas sim, compreendem outras situações, como sejam a eventual celebração de um contrato válido com violação de deveres de conduta decorrentes do princípio boa fé.

Também não se exige, como sustentou JHERING, a efetiva conclusão do contrato para que uma das partes possa responder por danos causados à outra parte na fase negociatória. O rompimento de negociações pode, assim, dar lugar à obrigação de indemnizar os prejuízos advenientes desse facto para uma das partes.

Assim sendo, no direito português, reconhecem-se três conjuntos de situações típicas, ou casos padrões, em que pode ocorrer a responsabilidade pré-contratual por violação das regras impostas pela boa fé na formação dos contratos:

### **a) Contratos inválidos ou ineficazes**

No que concerne a este tópico, consideram-se tanto os contratos nulos (como por exemplo os que dizem respeito a inobservância da forma legalmente exigível, por ilicitude, idoneidade do objeto ou ilegitimidade), como contratos anulados (como o dolo, erro-obstáculo, erro-vício, coação moral ou usura) e contratos ineficazes *stricto sensu* (pela omissão de um requisito legal, por falta ou abuso de poderes de representação. Tal como já acontecia na doutrina de JHERING que qualificava em erro, devem de igual forma abranger os casos de contratos inexistentes.

---

<sup>64</sup> CORDEIRO, António Menezes; *Tratado do Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 2º Ed., Coimbra, Almedina, 2000, p.396 e ss.

<sup>65</sup> VICENTE, Dário Moura; *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal* - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos, Angola, p.2. Disponível em: Angola | Faculdade de Direito | Universidade de Lisboa (ulisboa.pt)

Nestes casos, a responsabilidade justifica-se quando o fator de invalidade, de ineficácia ou de inexistência seja consequência da violação de deveres de lealdade e desrespeito, por ação ou omissão, de deveres de informação ou de diligência<sup>66</sup>.

## **b) Contratos válidos e eficazes**

Tem como objeto os contratos anuláveis ou convalidados (por dolo, erro simples, coação moral ou usura) que, por inação da parte prejudicada (art.287º do CC), não tenham sido efetivamente anulados.

A imputação da responsabilidade civil pressupõe o desequilíbrio das prestações, causado por omissão ou deturpação de informação ou pelo aproveitamento da limitada decisão do lesado<sup>67</sup>.

GALVÃO TELLES<sup>68</sup> refere, que em contratos desprovidos de *ab initio* de qualquer vício também é possível em abstrato, mas mais difícil em concreto a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual, dando um exemplo da realização de despesas suportadas por um dos contraentes, dolosamente convencido pelo outro da exigência legal de escritura pública.

## **c) Contratos não concluídos**

O instituto da *culpa in contrahendo* ganha grandes contornos no que diz respeito a interrupções ou rutura das negociações. Num sentido mais amplo, abrangendo os casos em que as negociações não se iniciaram ou em que, depois de terminadas, não careceram na formação de um contrato.

Sendo assim, a responsabilidade civil verifica-se na frustração das expectativas do lesado quanto à conclusão, prorrogação ou renovação de um contrato, fundada designadamente em acordo pré-contratual, violado pelo não cumprimento do dever de lealdade<sup>69</sup>.

Só podemos dizer que existe responsabilidade pré-contratual quando no decurso das negociações preliminares uma das partes assumiu um comportamento que razoavelmente criou na outra parte a convicção de que o contrato se formaria, assim a predispondo a ações ou omissões que não teria adotado se não tivesse aquela conclusão como certa<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Contratos I- Conceito. Fontes. Formação*, Almedina, 2013, 5º ed, p.197.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> TELLES, Inocêncio Galvão; *Direito das obrigações*, 7ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p.71.

<sup>69</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op.cit.*, p. 197.

<sup>70</sup> v.g. Iniciadas as negociações, o senhor A compromete-se a comprar um automóvel que é raro ao vendedor B e, confiante que o mesmo negócio se iria realizar, começa a comprar materiais que são exclusivos para o automóvel. Volvidos dias o comprador vem a saber que o vendedor vendeu o mesmo automóvel a um terceiro.

## 2.5. Natureza jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual

No que diz respeito a natureza da responsabilidade civil pré-contratual, é importante perceber se este instituto se reconduz a uma responsabilidade contratual ou extracontratual ou até mesmo possa divergir entre ambas e possa seguir outras vias, para conseguirmos apurar o seu enquadramento dogmático na *culpa in contrahendo*.

Compreender a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual é importante na medida em que conseguimos interpretar qual o regime que melhor se adequa a *culpa in contrahendo*.

Denota-se que, na responsabilidade pré-contratual a sua essência é o princípio da boa fé, e através da violação deste imperioso princípio vem como os seus deveres haverá logo o direito a uma indemnização por parte de quem os violou.

No que respeita ao presente tema, parece existir uma dicotomia entre a distinção da responsabilidade contratual e extracontratual.

### 2.5.1. Teoria Contratual e Teoria Extracontratual

Desde logo, sabemos que a responsabilidade civil contratual é aquela que é originária pela violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico, isto é, é a responsabilidade do devedor para com o credor pelo não cumprimento da obrigação<sup>71</sup>.

No que concerne a esta teoria, num longo período de tempo a doutrina na sua maioria entendia que a responsabilidade pré-contratual tinha uma natureza obrigacional e se encontrava sujeita às regras da responsabilidade contratual. Os argumentos apresentados na presente tese eram os mais diversos, no qual passaremos a enunciar três posições doutrinárias.

Nas palavras de ANTUNES VARELA<sup>72</sup> apesar de não haver ainda nenhum vínculo contratual entre as pessoas que iniciam as negociações para realização de um contrato, a verdade é que a relação criada entre essas pessoas determinadas está muito mais próxima da relação contratual do que da existente entre o titular do direito absoluto e o autor da violação ilícita dele.

Já MOTA PINTO e MENEZES CORDEIRO<sup>73</sup> caracterizam a relação pré-contratual como relação obrigacional de fonte legal sem deveres primários de prestação.

Segundo estes Autores, na fase pré-contratual, as partes não assumiram ainda obrigações uma para com a outra, dado que tais vinculações aparecerão apenas a título eventual, com a celebração do contrato. Elas encontram-se adstritas a um comportamento diligente, correto e leal uma para com a outra, sob pena de terem de ressarcir os danos causados a parte lesada através da indemnização<sup>74</sup>.

No entender de GALVÃO TELLES<sup>75</sup>, o qual vai ao encontro das posições já referenciadas, da

---

<sup>71</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol.I, 15ª Ed., Almedina, 2021, p.350.

<sup>72</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Ed., Almedina, 2004, p.272.

<sup>73</sup> Com o mesmo entendimento, CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coleção Teses, Almedina, 2013, p.585 "...culpa in contrahendo tem uma natureza obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa fé. O que, em termos de direito substantivo, revela, no essencial, em que, demonstrada a violação, presume-se à culpa da parte faltosa, nos termos do art. 799º, nº 1 do CC".

<sup>74</sup> DIAMVUTU, Lino, *A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais*, Dissertação, Lisboa, 2011, p.29.

<sup>75</sup> TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual do Contratos em Geral*, 3ª Ed. Lisboa, Coimbra Editora, p.147.

ênfase ao facto da *culpa in contrahendo* supor a infração de uma verdadeira obrigação, isto é, a obrigação de contratar bem, de agir nos preliminares e na formação do contrato por modo que este nasça isento de qualquer deficiência com o objetivo final de uma possível concretização de contrato.

Há quem defenda, que a responsabilidade pré-contratual, é um preceito normativo refletido na responsabilidade civil extracontratual. A responsabilidade aquiliana ou delitual é aquela que resulta de direitos absolutos (direitos reais e direitos de personalidade) ou também da prática de factos que embora sejam lícitos podem causar danos a outrem. O art. 483º do CC, o legislador veio referir que a responsabilidade extracontratual reflete que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Tal é posição defendida por ALMEIDA COSTA<sup>76</sup> e espelhada em diversas decisões dos tribunais portugueses, onde se enunciam as razões pelas quais enquadram a responsabilidade pré-contratual na responsabilidade aquiliana, nomeadamente; assim, o art. 227º, nº2 CC parece apontar para uma responsabilidade aquiliana, desde logo pela remissão explícita para o art. 498º do CC no que diz respeito ao prazo prescricional da responsabilidade.

ALMEIDA COSTA<sup>77</sup> acrescenta ainda que talvez o legislador tenha também enveredado por este caminho constituindo este artigo um afloramento de uma diretiva geral, mais referindo que os casos típicos da responsabilidade pré contratual não implicam sequer que chegue a existir um contrato, visto que pode surgir uma rutura ilegítima das negociações, ou existindo contrato, estão para além dele, como por exemplo os danos que podem ser indemnizáveis na negociação de um contrato válido e eficaz.

Salienta ainda o Autor que o evento danoso ocorre necessariamente num momento em que ainda não existe contrato. E, no que respeita a matéria de culpa, atenta que a natureza deste tipo de responsabilidade, é preferível que a culpa não se presuma e antes tenha que ser provada visto estarmos perante uma limitação da autonomia da vontade. Ilustrativo desse entendimento, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 3 de março de 2010<sup>78</sup> sufragou:

*“Desde logo, o n.º 2, do artigo 227.º, do Código Civil, parece apontar para a responsabilidade aquiliana pois em matéria de prazo prescricional optou pela aplicação do artigo 498.º, do Código Civil, que é uma norma própria da responsabilidade extracontratual. Acresce que os casos que referimos como típicos da responsabilidade pré - contratual não implicam sequer que chegue a existir um contrato [rutura de negociações preparatórias] ou, existindo contrato, estão para além dele [danos indemnizáveis surgidos na negociação de contrato válido e eficaz]. Para além disso, o evento danoso ocorre necessariamente num momento em que ainda não existe contrato. Por outro lado, em matéria de culpa, atenta a natureza deste tipo de responsabilidade, é preferível que a culpa não se presuma e antes tenha que ser demonstrada pois estamos perante uma limitação da autonomia da vontade e seria excessivo exigir a quem a exerce que demonstre que não agiu de forma culposa (...).”*

Em suma, face aos argumentos expostos, levam-nos a concluir que aplicação da

---

<sup>76</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, Almedina, 2009, pg.109.

<sup>77</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, Responsabilidade civil por rutura das negociações pré preparatórias de um contrato, Coimbra Editora, 1994, p. 86 ss.

<sup>78</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03 de março de 2010 (proc. nº 44/07. 1TBGDL.E1), Relator: Bernardo Domingues; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

responsabilidade pré-contratual no âmbito da responsabilidade aquiliana seria mais pertinente para o interesse dos conflituantes.

No entanto, já podemos tomar uma posição a este respeito. Desde logo, o legislador ao consagrar no n.º 2 do art. 227º do CC o prazo prescricional estaria a mandar aplicar o regime da responsabilidade extracontratual à culpa in contrahendo, mas só nesse ponto.

Como verificado, vimos alguns dos argumentos a favor dessa tese, nomeadamente dizem que essa norma é um afloramento de uma diretiva geral.

No nosso ponto de vista, não é um argumento lógico que possa ser aceite. O que nos leva a considerar que a presente subalínea do artigo é bastante inequívoca, uma vez que tanto pode significar que constitui um afloramento a uma diretiva geral, como pode significar que o legislador presumiu a natureza obrigacional da responsabilidade pré-contratual, consagrando uma exceção em matéria de prescrição, por entender que o regime da responsabilidade extracontratual ser o que mais se adequa a estes casos.

### **2.5.2. Teoria de uma terceira via no direito da responsabilidade civil**

Face às discordâncias entre teorias e autores, temos vindo a surgir a chamada terceira via da responsabilidade pré-contratual.

De facto, não tendo sido possível estabelecer um elo coeso na summa divisio da responsabilidade, ou seja, uma conexão unânime entre as duas modalidades de responsabilidade, uma parte da doutrina tem vindo a encarar a possibilidade da referida terceira via.

CARNEIRO DA FRADA<sup>79</sup> mostrando-se favorável àquela tese, tem insistido em que a dicotomia clássica entre a responsabilidade contratual e delitual não esgota o universo do direito da imputação dos danos, pelo que uma terceira via da responsabilidade civil seria uma forma de responsabilidade intermédia, situada entre dois polos: o contrato e o delito.

Um aspeto importante, no qual devemos tomar nota, para o enquadramento da teoria da terceira via da responsabilidade civil, é o facto de utilizarmos certos requisitos da responsabilidade por deveres não delituais e contratuais, tais como a responsabilidade por informação, esclarecimento ou por violação de deveres de proteção, deveres esses específicos.

No entanto temos o reverso da moeda, ou seja, os opositores, que defendem que se trata de uma responsabilidade sem regulamentação, e que estabelece uma responsabilidade distinta da violação de uma relação obrigacional ou da violação de deveres genéricos<sup>80</sup>.

CARNEIRO DA FRADA<sup>81</sup> ainda vai mais longe ao enunciar na sua tese de doutoramento, uma teoria pura de confiança, sugerindo o enveredar por uma “quarta via” da responsabilidade civil.

Assim, segundo o Autor, a tradicional dicotomia entre a responsabilidade contratual e responsabilidade aquilina não logra, pelas respetivas características intrínsecas, para o enquadramento dogmático da responsabilidade pré-contratual.

Ora, OLIVEIRA DE ASCENSÃO<sup>82</sup> critica severamente o entendimento acima defendido argumentando que a aprovação duma responsabilidade sem ilícito contraria gravemente todas

---

<sup>79</sup> FRADA, Manuel Carneiro da; *Uma “Terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, Coimbra, Almedina, 2007, p.758.

<sup>80</sup> Ibidem, p.759.

<sup>81</sup> FRADA, Manuel Carneiro da; *Teoria da confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p.758.

<sup>82</sup> ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol.II, 2ª Ed. Coimbra Editora, 2003, p.398.

as normas do sistema jurídico português.

Nas palavras, de SINDE MONTEIRO e de encontro com os autores referenciados anteriormente, defende a teoria de uma terceira via para a responsabilidade pré-contratual, uma vez que se situa entre o contrato e o delito, não tendo o intérprete de aplicar em exclusivo as regras de um tipo de responsabilidade ou rege-se sempre pelas mesmas regras. No entanto deve-se ressaltar e ter em conta as especificidades de cada situação<sup>83</sup>.

Relativamente a rutura das negociações, FREDERICO PRATA, opta pela terceira via da *culpa in contrahendo*, aproximando-se do regime da responsabilidade extracontratual. Quanto a este regime aplicar-se-ia o respetivo art. 227º e 334º do CC, uma vez que quem rompe com as negociações sem justa causa, está a exercer abusivamente um direito que lhe é concebido pela liberdade contratual<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> MENDES, Pedro Pimenta; *Natureza Jurídica da responsabilidade Pré-contratual*, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2019. Disponível online em: 2019 – *Revista de Direito da Responsabilidade* (revistadireitoresponsabilidade.pt), p.890.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

## Capítulo III- Incumprimento por rutura ilegítima das negociações

### 3.1. Pressupostos da responsabilidade pré-contratual por rutura ilegítima das negociações

Tal, como na responsabilidade civil, aqui também encontramos pressupostos comuns a responsabilidade civil pré-contratual.

Assim, pressupõe certos requisitos, tais como sejam o facto voluntário do agente (positivo ou omissivo) dependente da conduta humana. O carácter ilícito, que dá origem a danos desse ato, a culpa do seu autor e a ocorrência do dano causalmente ligado ao ato.

Analisaremos, de seguida sobre cada aspeto para a verificação deste tipo de responsabilidade. Aqui, não se verifica o facto, por estarmos perante a rutura ilegítima das negociações do contrato.

Sendo a ilicitude um facto importante, na medida em que se não forem respeitados os deveres impostos pela boa fé, pressupõe a violação de uma norma ou interesse legalmente protegido.

#### 3.1.1. Ilicitude

A partir do momento que se iniciam as negociações, as partes ficam logo vinculadas ao princípio da boa fé; caso se verifique a violação, as mesmas revestem um carácter ilícito.

Apesar de ainda não existir entre as partes outorgantes, antes da celebração do contrato nenhum dever principal de prestação, as partes devem ter em vista, que a partir do momento em que as negociações estejam em curso cada uma delas deve respeitar certos deveres, deveres esses que devem obedecer a uma conduta que siga as normas impostas pela boa fé, sob pena de responder sob os danos causados a outra parte. Sendo violados estes deveres, emerge de imediato um dever secundário (dever de indemnização).

Nota-se que aqui não existe previamente um dever principal, pois este só surgirá com a celebração do contrato.

A *culpa in contrahendo* é concebida dogmaticamente como uma relação obrigacional sem deveres principais de prestação. A sua ilicitude consiste na violação de deveres de conduta imposto pelo princípio da boa fé (deveres de lealdade, de esclarecimento e informação) de não aprovação ilegítima da rutura abusiva das negociações em causa.

Falamos em ilicitude, mas para que a mesma se verifique, será necessário que, exista uma confiança justificada na celebração do contrato por uma das partes. Não se entende aqui, o facto de ter acabado o contrato que uma das partes vai ser responsabilizado.

Mas, que essa confiança seja justificada por causa do comportamento negocial da contraparte e que haja a violação da confiança justificada, aqui o critério utilizado para aferir a violação dessa confiança baseia-se unicamente no princípio da boa fé em sentido objetivo.

Nada impede que nesta fase as partes possam desistir do contrato, e só podemos fazer operar a responsabilidade quando temos uma conduta contrária a boa fé de acordo com o caso em concreto.

Digamos que estamos na presença de uma zona cinzenta, visto que é difícil detetar se existe ou não confiança justificada e conseqüentemente a sua violação. O critério orientador que afere se a conduta de uma parte é ofensiva da boa fé, é quando se verifica a violação dos

deveres de lealdade, integridade ou confiança legítima e justificada da outra parte na celebração do contrato.

O requisito da ilicitude da responsabilidade pré-contratual, na modalidade da interrupção das negociações preenche-se quando:

-Há a cessação unilateral de negociações nos preliminares ou na formação de um contrato for acompanhada ou se *per si* revelar a violação não justificada dos deveres de conduta ditados pela boa fé no sentido ético-jurídico (comportamento) por parte de quem rompe as negociações em curso e se;

-Ocorrer confiança justificada da outra parte objetivamente fundada na celebração do contrato que decorra do comportamento das partes a rutura da confiança.

### 3.1.2. Culpa

A culpa também conhecida como juízo de censura, aplicada no caso específico da rutura ilegítima das negociações, no qual esta intimamente ligada a ilicitude por violação dos deveres de conduta que deveriam ser adotados de acordo com a boa fé. De uma forma generalista a culpa é um juízo de censura dirigido à pessoa de quem age (ou à pessoa de quem omite), por ter agido contra o direito quando podia e devia ter agido conforme o direito.

A culpa pode ser acompanhada por negligência ou dolo como já verificamos anteriormente no capítulo I respeitante aos pressupostos da responsabilidade civil.

Temos por fim um dano, correspondente as despesas que surgiram durante o processo negocial.

Os danos correspondem a todas as despesas que foram efetuadas durante o processo negocial, despesas que tinham em vista a conclusão do negócio em causa. Por seu turno, estes danos vão sempre corresponder aos danos negativos que decorrem da rutura das negociações.

Ora, os danos negativos são classificados como todas as perdas que foram sofridas pela conclusão do negócio incluindo também os lucros que poderia ter usufruído se não tivesse verificado nessas situações de rutura. Imaginemos a presente situação: António um famoso empresário no ramo imobiliário, entra em contacto com Berta, também esta ligada aos negócios de imóveis e solicita-lhe que lhe venda um imóvel pelo preço de 10 mil euros que esta a seu cargo. Mas para tal, António que vivia em Barcelona teria de deslocar-se ao Porto para ver o respetivo imóvel. Berta, fica entusiasmada com a proposta, pois sabe que se ela vender esse imóvel vai ganhar uma comissão extra. Volvida uma semana, António compra uma passagem de avião e viaja para o Porto para ver o referido imóvel, objeto das negociações com Berta. Ao chegar ao consultório de Berta, depara-se com um panfleto do imóvel afixado na porta, anunciando que o mesmo teria sido vendido, pelo triplo do preço acordado, a um terceiro alheio ao negócio.

Do presente exemplo podemos reter, que António saiu prejudicado. Uma vez que, gastou dinheiro na sua deslocação e viu as suas expectativas defraudadas, sendo considerado no presente caso os danos negativos, ou seja, as despesas que António teve pela rutura ilegítima das negociações por parte de Berta.

### 3.1.3. Danos e nexos de causalidade

Tal como acontece nas outras modalidades de responsabilidade civil, na *culpa in contrahendo* se surgirem danos terá como contrapartida a obrigação de indemnizar.

Sendo que, esses danos tanto podem basear-se em despesas inerentes ao processo negocial (como sejam reuniões, visitas ou estudos) como despesas com vista a uma futura conclusão do negócio em causa (designadamente, propagandas, folhetos com vista à uma exposição de um quadro de um famoso pintor, cujo o negócio está em curso).

É neste ponto, que se coloca a questão: se há danos, esses danos restringem-se apenas aos danos negativos ou também podem ser indemnizados os danos positivos?

O ressarcimento contratual negativo ou da confiança, dá-se quando o dano resultante da violação da confiança de uma das partes na lealdade e honestidade do comportamento da outra, na fase dos preliminares e da formação do contrato. Aqui, engloba-se tanto o dano emergente, isto é, as despesas efetuadas por causa das negociações, como o lucro cessante, ou seja, os benefícios que o lesado teria auferido em virtude de oportunidades negociais falhadas se não tivessem iniciado as negociações, como causa a imperfeição ou ineficácia do contrato<sup>85</sup>.

Por seu turno, o ressarcimento contratual positivo, corresponde aos danos que decorrem do não cumprimento do contrato, ou do seu cumprimento defeituoso ou tardio.

## 3.2. Efeitos da rutura ilegítima das negociações

### 3.2.1. Enquadramento geral

A rutura ilegítima das negociações aborda situações em que a fase decisória é precedida por uma fase de negociações bastante longa e complexa.

Essas negociações englobam diligências, estudos, avanços e recuos, ou seja, é a fase antes da celebração do contrato onde existe negociações.

Antes de chegarmos a perfeição do contrato, há todo um processo que pode envolver vários e sucessivos trâmites, nomeadamente, estudos, reuniões e experiências.

No entanto, durante a formação do contrato é lícito as partes interromperem as negociações em causa sem incorrerem em nenhuma obrigação de indemnizar. Visto que, por natureza as obrigações não são vinculativas e as partes podem muito bem modificar o que já tenham afirmado, através de novas situações vantajosas para a celebração do contrato ou até mesmo já não demonstrarem interesse na conclusão do negócio em causa.

Desde logo, deve-se respeitar a autonomia privada, ou seja, não é exigível à parte que interrompeu as negociações revele o motivo exato e que o motivo seja justo.

Para isso, será necessário respeitar o princípio basilar da autonomia privada, consubstanciada na liberdade contratual na sua faceta negativa. Isto é, uma solução contrária representaria grandes prejuízos para o comércio jurídico, visto que ninguém entraria em negociações antes de se assegurar o bom termo das mesmas, com receio das consequências de uma eventual desistência.

---

<sup>85</sup> PINTO, Paulo Mota, Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. II, Coimbra Editora, 2008, p.1321.

O instituto da responsabilidade pré-contratual na modalidade da rutura das negociações, tem como finalidade o princípio da autonomia privada, traduzindo nos contratos uma liberdade contratual negativa de as partes celebrarem contratos, no entanto este princípio não é limitado, desde logo, a sua aplicação vai sofrer restrições, em certos casos a interrupção das negociações, o princípio da boa fé, consubstanciado no instituto da responsabilidade pré-contratual, pode constituir uma limitação a liberdade contratual.

Nestes casos será aplicado o princípio da boa fé, de modo a perspetivar o comportamento das partes. Tomamos como exemplo na formação do contrato através dos deveres de esclarecimento, lealdade, deveres associados aos comportamentos das partes.

Podendo nesta fase, surgir uma dificuldade em discernir o momento em que há lugar a responsabilidade na interrupção das negociações, isto é, o percurso das negociações.

A solução que se deve adotar é estabelecer um equilíbrio entre a manifestação e a liberdade contratual e a proteção da boa fé, manifestada na confiança legítima e nas expectativas geradas de uma das partes na honestidade da condução das negociações pela outra parte.

O que se equaciona é nada mais do que termos de um lado um sujeito que afirma a liberdade contratual e do outro as relativas expectativas, para que em harmonia se forme um equilíbrio entre os dois lados.

No entanto, se estivermos perante a não celebração do contrato definitivo, pelo simples facto de uma das partes ter terminado as negociações imediatamente antes da efetivação do mesmo.

A questão que se levanta é saber se a mesma poderá ser responsabilizada?

Ora, para que tal aconteça, torna-se necessário a verificação de certos requisitos que passaremos a esclarecer de seguida. Primeiramente, é necessário que existam efetivas negociações, e que estas tenham permitido ao contraente formar uma razoável confiança na celebração do negócio. Em seguida é preciso que se verifique uma rutura ilegítima das negociações.

No que concerne ao primeiro requisito, é de salientar que as verdadeiras negociações a que foi feita referência se caracterizam como uma atividade comum aos contraentes destinada à análise e elaboração de um plano de negócio. Por outras palavras, para haver negócio, terá que se ter formado uma confiança, e para que a mesma se considere legítima terá por base dados concretos e objetivos. Ou seja, a confiança que ora se tutela é, nada mais nada menos que uma confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra proceda de forma leal e séria, com rumo a conclusão do negócio. Para que a confiança seja tutelada pelo direito será necessário que a mesma seja motivada, o que implica a avaliação objetiva de cada caso<sup>86</sup>.

Quando estamos perante tal situação, em que uma das partes tenha depositado uma confiança objetiva na celebração do negócio, alicerçada nas negociações que já decorriam e no processo conduzido, essa confiança que até agora viemos a fazer referência pode estar vinculada ao incumprimento da contraparte, através da violação dos deveres provenientes da boa fé, nomeadamente: a) a violação do dever de exprimir com clareza e de evitar uma falsa interpretação do seu comportamento pela outra parte; b) a violação do dever de informação, na medida em que uma das partes deva saber do facto que possa conduzir ao abortamento das

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Nuno Teodósio; MANSO, Luís Duarte; *Direito das Obrigações- Casos práticos resolvidos*, 6ª Ed, Quid Juris, 2010, pp. 143 ss.

negociações; c) não serem iniciadas ou prosseguidas as negociações de antemão destinadas ao seu cumprimento, criando assim, expectativas à contraparte suscetíveis de causar prejuízos;

Por sua vez, respeitante ao segundo requisito, nomeadamente, da rutura ilegítima das negociações, a conclusão que se retira deste pressuposto é a ligação entre a confiança de um dos contraentes e a eventual justa causa da rutura das negociações por parte da contraparte. Sendo dois aspetos distintos de grande controvérsia.

Se, estivermos perante o encetamento de negociações tendentes à celebração de um negócio, geradoras de confiança objetiva e legítima do contraente na efetivação do mesmo, só não haverá responsabilização se, porventura, se tratar de uma rutura de negociações legítima<sup>87</sup>.

ALMEIDA COSTA<sup>88</sup> dá-nos conta de alguns exemplos de situações, que podem gerar responsabilização por parte de quem desrespeita a esfera jurídica da parte lesada: i) As negociações iniciadas com o propósito vincado de rutura, ou quando essa rutura teve como consequência danos à contraparte; ii) O autor da rutura não necessita de justificar a causa da rutura, no entanto, se os motivos forem falsos e dessa justificação resultarem danos para parte que neles confiou, poderá surgir a obrigação de indemnizar; iii) Na responsabilidade pré contratual, não configura nenhuma regra que referira que não possa negociar com mais que uma parte, como também não exige que se dê consentimento de que se negoceie com outrem, uma vez que as partes deverão assumir os riscos normais das negociações, por exemplo preferirem negociar com um terceiro alheio ao negócio.

Numa eventual hipótese de as negociações envolver um terceiro e envolverem um risco anormal para as negociações, aqui deve ser advertido o risco.

### **3.3. O *quantum* indemnizatório**

Como já verificamos para que no disposto no art.227º, nº1 do CC, emergja a obrigação de indemnizar, é necessário para além da produção de danos e da existência dos demais pressupostos da responsabilidade civil, que tenham ocorrido efetivamente negociações conduzidas de tal forma que tenham criado uma confiança razoável na conclusão de um contrato válido e a consequente obtenção dos efeitos do mesmo, perante a seriedade bem como a rutura das referidas negociações, de forma arbitrária ou ilegítima, sem motivo justificativo.

Assim, a *culpa in contrahendo* decorre do facto de uma das partes ter gerado na outra a confiança e a expectativa legítima de que o contrato seria concluído e não da rutura das negociações, da não conclusão do contrato ou da recusa da sua celebração, as quais são manifestações da liberdade contratual negativa.

Os danos decorrentes de uma negociação inútil podem ser ressarcidos através de dois mecanismos, sendo eles o interesse contratual positivo e o interesse contratual negativo.

---

<sup>87</sup> Ibidem, p.144.

<sup>88</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Responsabilidade civil pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra Editora. Coimbra. 1984, pp.80 e ss.

Em termos gerais, diz-se interesse contratual negativo quando se visa colocar a parte lesada na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado. Por exemplo, deve-se ressarcir a parte lesada dos gastos realizados para a elaboração do negócio, como as despesas com o transporte, com envios de mercadorias entre outros e, até mesmo o que ele deixou de auferir em não ter efetuado, à época, outro negócio<sup>89</sup>.

Por sua vez, fala-se em interesse contratual positivo quando se pretende colocar o ofendido/ credor na situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido. Aqui, não haveria lugar ao ressarcimento das despesas feitas inicialmente pelo credor para a concretização do negócio, como forma de reverter o prejuízo sofrido por ele em consequência da frustração pelo adimplemento contratual.

Destarte, se estivermos perante danos resultantes da *culpa in contrahendo* em princípio a indemnização refere-se ao interesse negativo, isto é, a reparação reporta-se aos danos resultantes de ter existido confiança na validade do contrato, danos estes que são os que não teria sofrido se não tivesse confiado na realização do contrato. No entanto, se a culpa estiver na violação de um dever de conclusão de um contrato, é de indemnizar o interesse positivo, ou seja, o interesse do cumprimento.

Através do instituto da responsabilidade pré-contratual, o nosso ordenamento jurídico tutela a legítima confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo os ditames da boa fé, abarcando não só as legítimas expectativas quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua conclusão.

O entendimento doutrinário, tradicional e maioritário tem configurado o dano ligado à responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*), caracterizado pela rutura das negociações, como suscetível de justificar uma indemnização que apenas visa colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse acreditado, sem culpa, na boa fé ou atuação correta da outra parte, ressarcindo o dano negativo ou de confiança.

O princípio da mera indemnização do interesse contratual negativo, decorrente da responsabilidade pré-contratual vem sendo posto em causa pela doutrina em situações limite nas quais se suscita a questão da violação do «dever jurídico de conclusão» do negócio, posição que encontrou acolhimento na jurisprudência<sup>90</sup>.

Desde logo, MOURA VICENTE<sup>91</sup> reflete sobre a designação imprópria do interesse negativo ou dano de confiança, porque deduz da doutrina de CANARIS que a responsabilidade pela confiança possui um caráter bifrontal, uma vez que o interesse positivo também se funda

---

<sup>89</sup> PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008, p.618.

<sup>90</sup> Ac. do TRP, de 26 de junho de 2018, Proc. nº 3093/16.5T8AVR.P1, Relator: Carlos Querido. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>91</sup> DIAMVUTU, Lino; *A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais*, Dissertação, Lisboa, 2011, p.36. Docente da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, disponível para consulta online em: A TUTELA DA CONFIANÇA NAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS - [PDF Document] (vdocuments.net)

na lesão da confiança sendo por isso configurável um dano de confiança positivo e um dano negativo.

Os defensores da teoria do interesse negativo evidenciam que a obrigação de indemnizar prevista no art. 227º do CC visa sobretudo o ressarcimento do interesse negativo. No interesse negativo como já verificamos, incluir-se-á tanto o dano emergente (as despesas efetuadas por causa das negociações) como o lucro cessante (os benefícios que o lesado teria auferido em virtude de oportunidades negociais falhadas se não tivessem iniciado as negociações) resultantes da imperfeição ou da ineficácia do contrato<sup>92</sup>.

Por esses factos mencionados, esta corrente assume duas orientações distintas:

A primeira linha de orientação sustenta que a indemnização do dano negativo seria em todo o caso limitada pelo interesse positivo, visto que a equidade imporia que não se coloque o lesado em posição favorável do que ocuparia se o contrato projetado fosse cumprido e bem assim a uma vinculação menor não corresponda uma responsabilidade mais extensa.

A segunda recomenda a concessão de uma indemnização em princípio correspondente ao interesse negativo, podendo, todavia exceder-lo, e mesmo ultrapassar o interesse positivo, quando a culpa causar danos diferentes (v.g. nas situações em que o lesado teria concluído outro contrato mais vantajoso), pois de outra forma não seria reparado um dano que, por culpa da outra parte, foi causado ao lesado.

Para compreendermos a questão em causa, atenda-se ao seguinte exemplo, ilustrativo da distinção entre interesse negativo do interesse positivo e perceber as implicações das presentes teorias.

“Tendo de ressarcir os danos oriundos do abortamento de uma negociação relativa a um objeto de valor de 500.000 € (quinhentos mil euros), em que em virtude da negociação o lesado gastou 50.000 € (cinquenta mil euros) em viagens e perdeu a ocasião de vender a outro interessado o mesmo objeto por 600.000 € (seiscentos mil euros).

Tem-se que a tutela pelo interesse negativo abrange o preço das viagens e a diferença que o lesado perdeu porque deixou de vender o bem para o outro interessado, isto é, 100.000 €

---

<sup>92</sup> Vd. Ac. STJ de 3682/05.3TVSLB.L1.S1, lê-se que :

No caso ora analisado, o STJ entendeu por aplicar o interesse contratual negativo, no que a parte autora só teria direito à indemnização dos prejuízos causados durante a fase pré-contratual. No entanto, não basta alegar a ocorrência de prejuízo, esta tem que ser comprovada, o que não ocorreu no caso em apreço.

*“Se tal facto ou “evento” for constituído pela confiança criada na contraparte de que as negociações chegariam a bom termo e o contrato seria concluído, a parte lesada só pode pretender ser colocada na situação em que estaria se não lhe tivesse sido criada essa confiança, isto é, apenas pode pretender um ressarcimento correspondente ao interesse negativo ou seja, na situação sem quaisquer negociações.”*

Destarte, o STJ entendeu que a parte autora teria direito aos prejuízos efetivamente causados pela quebra de confiança, no entanto, tais prejuízos não foram, em momento algum, comprovados pela parte autora, portanto, não seria cabível se falar em pagamento de indenização. Esta posição jurisprudencial é a dominante no STJ do que podemos concluir que, para o Supremo Tribunal de Justiça Português, quando não houver vinculação à subscrição contratual, a indenização devida será baseada no interesse contratual negativo, onde se incluem apenas os prejuízos comprovadamente causados.

(cem mil euros), totalizando 150.000 €. Ao contrário, o interesse positivo abarcaria o montante de 500.000 € (quinhentos mil euros), justamente porque era relativo aos termos do contrato não celebrado pela frustração da confiança despertada”<sup>93</sup>.

Se seguirmos a mesma linha de orientação da tese defendida pelos autores que sustentam a primeira orientação referenciada, a indemnização pelo interesse negativo nunca ultrapassaria o montante de 500 000€. Se, optássemos pela segunda linha de orientação, o valor indemnizatório poderia atingir o montante de 600 000€.

No entanto temos defensores que admitem a indemnização do interesse positivo, ou de cumprimento, nos casos em que, não fora a culpa in contrahendo, o contrato se teria aperfeiçoado, assim como naqueles em que a conduta culposa consistia na violação de um dever de conclusão do negócio.

SOARES NASCIMENTO<sup>94</sup>, à questão da ressarcibilidade do interesse positivo, em caso de rutura das negociações, aponta o facto de que a indemnização do interesse positivo implicaria conhecer todo o conteúdo prestacional do contrato. Assim, o lesado teria direito à indemnização correspondente ao interesse do cumprimento, menos a prestação que ele próprio teria de realizar. No entanto, como não é possível conhecer as prestações a que as partes se vinculariam, de igual forma não é possível conhecer o interesse positivo. Sendo assim, a limitação destes casos, ou seja, a rutura das negociações, ao interesse negativo impõe-se, também por esses motivos<sup>95</sup>.

Para além do interesse contratual positivo e negativo, temos também os casos da reparação dos danos (incluindo aqui o interesse positivo) e a efetivação do contrato.

Quanto à reparação dos danos, MENEZES CORDEIRO<sup>96</sup> denota que a inexistência de qualquer motivo para limitar a responsabilidade do “prevaricador” ao interesse negativo ou de confiança: ele deve responder, nos termos do art. 227º ,nº1 CC, por todos os danos causados nos termos gerais, observando as normas da causalidade adequada, os lucros cessantes, no entanto, sempre de acordo com os princípios da responsabilidade, as vantagens advenientes da violação para o prejudicado e, por não haver contrato válido, o facto de ele não o ter de cumprir e não suportar os riscos inerentes as vicissitudes contratuais.

---

<sup>93</sup> DIAMVUTU, Lino; *A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-Contratuais*, Op. cit., p.38.

Exemplo retirado com base na teoria de TRIMARCHI, —“*Io sto conducendo una trattativa reattiva ad un oggetto per il valore di 500.000 euro; per condurre la trattativa ho speso 50.000 euro di viaggio e ho perso l’occasione di vender ela mercè a Caio, che me l’avrebbe acquistata per 600.000 euro. L’interesse negativo ammonta al prezzo del viaggio (50.000 euro) più la differenza che avrei potuto ricavare dalla rivendita (100.000 euro). L’interesse positivo, invece ammonta a 500.000 euro*”. Originalmente traduzido por Daniel Cunha.

<sup>94</sup> NASCIMENTO, Paulo Soares do; *A responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato*, Em estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, 2003, p.112.

<sup>95</sup> A este respeito o Ac. do STJ de 11 de janeiro de 2007, Proc. n.º 06B4223, Relator: Custódio Montes. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

Na sua decisão referiu que:

“*Na responsabilidade pré-contratual, em princípio, cabem apenas os danos cobertos pelo interesse contratual negativo*”.

“*Exceionalmente, cabe também na responsabilidade pré-contratual, a indemnização pelo interesse positivo, como nos casos em que ocorre uma clara violação da conclusão do contrato (...)*”.

<sup>96</sup> Ac. do TRP, 31 de março de 2004, Proc. n.º 0326892, Relator: Alziro Cardoso. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

Para ALMEIDA COSTA<sup>97</sup>acompanhado, de outros autores, como ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, a questão coloca-se de maneira diferente da posição defendida por MENEZES CORDEIRO. Desde logo, há que estabelecer, em matéria de obrigação de indemnização, distinção entre o interesse negativo ou da confiança e o interesse positivo ou do cumprimento, sendo ressarcível apenas o dano negativo ou da confiança, estabelecendo uma ligação quando se verifique a violação dos princípios orientadores da boa fé negocial, e já não o dano positivo, este relacionado com o cumprimento do contrato propriamente dito.

Relativamente a efetivação do contrato, temos doutrina que defende que a parte faltosa deve celebrar o contrato na rutura das negociações.

A autora DANIELA CUNHA<sup>98</sup> tem uma posição muito fincada a este respeito. A mesma refere que o cânone da boa fé pré-contratual radica também no dever de, em certas situações, efetivamente contratar, ou seja, casos em que não pode haver rompimento das negociações iniciadas porque a boa fé impõe uma conduta a não defraudar a expectativa criada. Partilha da mesma opinião ANA PRATA<sup>99</sup>, quando evidencia que a medida da vinculação das partes aumenta na razão da confiança suscitada nos preliminares, nos casos em que o conteúdo contratual já se encontra definido, faltando somente a formalização do negócio (quando o mesmo seja formal), há um dever de contratar, emergente da boa fé.

No entanto, OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>100</sup>com uma posição contrária vem clarificar o seu entendimento.

Na sua teoria, a consequência da rutura das negociações é sempre e só a indemnização de danos. Por mais longe que seja levada a negociação, nunca se ficaria adstrito a um dever de contratar. Se assim fosse, podia-se exigir o cumprimento desse dever e porventura chegar à execução específica. Mas não é assim que sucede uma vez que só se reparam os danos de ter havido negociação inútil e não os danos derivados de não ter havido contrato.

Na presente linha de entendimento, parece-nos que impor a uma das partes a obrigação de efetivamente contratar, tendo em conta o nível avançado das negociações pressupõe, que a um dado momento as mesmas, percam a liberdade de não celebração do contrato, antes mesmo da sua própria celebração. O que em termos de ambiguidade entre as partes é desfavorável.

---

<sup>97</sup> Ac. do TRP, 31 de março de 2004, Relator: Alziro Cardoso, Proc. n.º 0326892. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>98</sup> CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações*, Almedina, 2006, p.55.

<sup>99</sup> PRATA, Ana; *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Almedina, 1991, pp.116 e ss.

<sup>100</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira; *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.II, 2ªEd., Coimbra, 2003, pp.448 e 449.

## 3.4. Doutrina e jurisprudência portuguesa

### 3.4.1. Considerações gerais

Ao longo dos anos, deparamo-nos com grandes alterações no paradigma da culpa in contrahendo, quer na jurisprudência quer na doutrina.

Inicialmente, no tratamento da natureza da responsabilidade pré-contratual ficava-se pela dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

Posteriormente avançaram para uma teoria mista ou híbrida<sup>101</sup>, surgindo ainda a opção por uma responsabilidade solidária<sup>102</sup> (art.497º do CC) quando em presença de uma rutura ilegítima das negociações. Ora vejamos, a decisão do STJ de 6 de dezembro de 2018<sup>103</sup>:

Da presente análise, verificamos que a responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações preparatórias de um contrato, havendo vários responsáveis pela rutura ilegítima, o regime que melhor se enquadra é o da responsabilidade solidária previsto no art. 497º do CC, no caso em concreto era o que acontecia, isto é, existia vários responsáveis, daí ser justo que todos respondam solidariamente. No entanto, levanta-se a seguinte questão:

Qual o regime que melhor se adapta à responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações preparatórias de um contrato?

A resposta é apresentada por ALMEIDA COSTA<sup>104</sup> nos seguintes termos:

*“Também se afigura justo que, havendo vários responsáveis pela rutura ilegítima, estes respondam solidariamente. Assim dispõe, como observámos, o artigo 497º CC para a responsabilidade extracontratual. É muito oportuno que o tribunal, se ocorre rutura apenas culposa, possa graduar equitativamente a indemnização, fixando-a em montante inferior aos danos causados, de acordo com o grau de culpabilidade do responsável, a sua situação económica e a do lesado e as demais circunstâncias atendíveis. Este preceito do artigo 494º CC, privativo da responsabilidade extracontratual, encaminha para o critério maleável que, em tese geral, entendemos dever presidir à apreciação da responsabilidade pela rutura dos preliminares. A mencionada norma reflete a função sancionatória ou punitiva que a responsabilidade civil pode exercer acessoriamente. Aliás, de novo se pondera a certa contemplação que merece o*

---

<sup>101</sup> Vd. Ac. do STJ, de 18 de novembro de 2004, Proc. nº04B2992, Relator: Ferreira Girão. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

“O regime aplicável, no caso da obrigação de indemnizar por responsabilidade pré-contratual (art.227º do Código Civil), deve ser constituído a partir da aplicação de normas de responsabilidade contratual ou de responsabilidade delitual consoante o que se considere mais adequado ao caso”. Atualmente, a presente teoria não assume um papel primordial na doutrina nem na jurisprudência. No entanto, a mesma equipara-se a teoria de uma terceira via na responsabilidade civil.

<sup>102</sup> Nota-se que a presente teoria não ganha tanto espaço de opinião a nível jurisprudencial. Uma vez, que o que causa impacto verte sobre a matéria da natureza da responsabilidade pré-contratual em responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

<sup>103</sup> Proc. nº 3407/15.ST8BRG.G1.S2, Relator: Ilídio Sacarrão Martins. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>104</sup> Comentário retirado do Acórdão supramencionado. Ibidem idem.

*autor da rutura, em virtude da restrição que suporta na sua liberdade de contratar”.*

Temos algumas decisões do STJ, nomeadamente o Ac. do STJ de 24 de junho de 2014<sup>105</sup>, no qual defende que a responsabilidade pré-contratual encontra a sua essência na disciplina da responsabilidade obrigacional, ora vejamos o presente excerto do sumário do presente acórdão: *“A nossa lei civil, no artigo 227º, nº1, consagra a culpa in contrahendo, como forma de responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa fé, o que em termos de direito substantivo, revela, no essencial, em que, uma vez demonstrada a violação presume-se a culpa da parte faltosa, nos termos do artigo 799º, nº1, do mesmo diploma legal”.*

Desde logo, conseguimos detetar as nítidas diferenças inseridas na responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade contratual. Sendo que a primeira tem por base a confiança gerada pelas partes e, a segunda não apresenta qualquer relação com o critério da confiança. Mas sim, na relação obrigacional o credor tem direito a um determinado comportamento do devedor em virtude de ambos terem recorrido a um instrumento que institucionalizou tais vinculações. Por conseguinte, é por causa do negócio jurídico que o credor tem direito ao seu crédito, pois este é o que lhe dá garantia jurídica.

No nosso ponto de vista, não faz sentido dizer que o credor tem direito a ser indemnizado pelo devedor, por este ter defraudado as suas expectativas, ou seja, a pretensão do devedor funda-se no negócio jurídico e não na confiança que tenha na outra parte.

Relativamente a inserção da *culpa in contrahendo* na responsabilidade extracontratual, também não parece lógico, como evidenciamos no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora<sup>106</sup>, inserir este tipo de responsabilidade na responsabilidade aquiliana, pelo motivo da norma do art.227º, nº2 CC apontar para esse mesmo instituto, o que não pode ser visto tão liminarmente. Da presente leitura, retiramos que a responsabilidade prescreve nos termos do art.498º do CC, no qual diz respeito a responsabilidade extracontratual. Outro aspeto, para o qual não se configura a culpa in contrahendo na teoria aquiliana, deve-se aos deveres pré-contratuais que servem pessoas determinadas e determináveis. Os deveres impostos pelo princípio da boa fé no período pré-contratual têm normalmente um interesse positivo, infringindo as partes a agir para assim satisfazer os interesses da outra parte, enquanto que os deveres cuja a violação pode originar a responsabilidade extracontratual são, em regra, de conteúdo negativo, isto é, deveres de não ingerência<sup>107</sup>.

Relativamente a questão do ressarcimento dos danos causados pela rutura das negociações, apontaremos as decisões relativas aos interesses em jogo (interesse positivo ou negativo).

Sendo que, a jurisprudência e a doutrina dominante entendem que apenas o interesse negativo é indemnizável no caso de quebra de confiança, pela responsabilidade pré-contratual.

Ora vejamos, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça ao apreciar o recurso

---

<sup>105</sup> Ac. do STJ, de 24 de junho de 2014, Proc. nº4806/07.1 TVLSB.L1.S1., Relator: Ana Paula Boularot. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>106</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03 de março de 2010 (proc. nº 44/07. 1TBGDL.E1), Relator: Bernardo Domingues; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>107</sup> MENDES, Pedro Pimenta; Natureza Jurídica da Responsabilidade pré-contratual, Revista de direito da responsabilidade, 2019, p.22. Disponível para consulta em: Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual – Pedro Pimenta Mendes – Revista de Direito da Responsabilidade ([revistadireitoresponsabilidade.pt](http://revistadireitoresponsabilidade.pt))

3682/05.3TVSLB.L1.S1<sup>108</sup>, proveniente da Relação de Lisboa, cujo sumário se transcreve abaixo:

*"I - Incorre em responsabilidade pré-contratual por culpa in contrahendo quem, depois de negociações com vista à celebração de determinado contrato e durante as quais foram acordadas todas as cláusulas relevantes faltando apenas a formalização, recusa outorgar o contrato.*

*II – A responsabilidade decorre do facto de uma das partes ter gerado na outra a confiança e a expectativa legítima de que o contrato seria concluído e não da rutura das negociações, da não conclusão ou da recusa de celebração do contrato;*

*III – Logo, o facto que obriga à reparação é a confiança violada por inobservância das regras da boa-fé e não a rutura das negociações, a não conclusão ou a recusa de celebração do contrato por inexistência de obrigação legal ou contratual de prosseguir negociações, de concluir ou de celebrar o contrato.*

*IV – A indemnização pelo interesse negativo do contrato (dano de confiança) é medida pela diferença entre a situação patrimonial atual do lesado e a que existiria se não houvesse, por haver confiado, encetadas as negociações*

*V – Por conseguinte, só serão indemnizáveis os prejuízos que consistiram nas despesas efetuadas com as (e nas) negociações por haver confiado na conclusão do contrato (danos emergentes) e não também, por não estar em causa um incumprimento contratual, os lucros cessantes decorrentes da frustração das expectativas de ganho fundadas no contrato não concluído".*

Deste modo, a explanação do caso do acórdão supra referenciado, o STJ entendeu por aplicar o interesse contratual negativo, no que a parte autora só teria direito à indemnização dos prejuízos causados durante a fase pré-contratual. Por sua vez, não basta alegar a ocorrência de prejuízo, esta tem que ser comprovada, o que não ocorreu no caso em apreço.

A parte autora alegou que foram acordados todos os pontos do contrato, e que houve uma recusa injustificada da parte ré de concluir a negociação, existiria então uma violação ao dever de conclusão do contrato e, consequentemente, deveria ser utilizado o critério do interesse contratual positivo, ou seja, do cumprimento do contrato. Aqui, o Tribunal da Relação de Lisboa optou por esse entendimento do interesse positivo.

Por outro lado, a parte ré defende que o dano a indenizar seria apenas o dano decorrente da violação da confiança, ou seja, o interesse contratual negativo, e, não tendo a parte autora obtido êxito em comprovar a existência destes danos, não há que se falar em indenização, pois esta, como dito, depende da comprovação da existência e do nexos causal, entendimento este compartilhado pela 1ª instância.

---

<sup>108</sup> Ac. STJ, 31 de março de 2011, Proc. nº3682/05.3TVSLB.L1.S1, Relator: Fernando Bento. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

Com base no critério do interesse negativo, o STJ continuou sua análise, afirmando que o dano a ser indenizado, neste caso, seria o referente aos prejuízos efetivamente causados.

*“Se tal facto ou “evento” for constituído pela confiança criada na contraparte de que as negociações chegariam a bom termo e o contrato seria concluído, a parte lesada só pode pretender ser colocada na situação em que estaria se não lhe tivesse sido criada essa confiança, isto é, apenas pode pretender um ressarcimento correspondente ao interesse negativo ou seja, na situação sem quaisquer negociações.”*

Em suma, o STJ entendeu que a parte autora teria direito aos prejuízos efetivamente causados pela quebra de confiança, no entanto, tais prejuízos não foram, em momento algum, comprovados pela parte autora, portanto, não seria aceitável se falar em pagamento de indenização.

Esta posição jurisprudencial é a dominante no STJ do que podemos concluir que, para o Supremo Tribunal de Justiça Português, quando não houver vinculação à subscrição contratual, a indenização devida será baseada no interesse contratual negativo, onde se incluem apenas os prejuízos comprovadamente causados<sup>109</sup>.

No entanto, quando perante a *culpa in contrahendo* pela violação do dever de conclusão do contrato, isto é, após a assinatura do acordo pré-contratual final. Aqui, a Jurisprudência tende a aceitar o interesse contratual positivo, e condena a parte que deu causa a esta violação a indemnizar a parte lesada não só pelos prejuízos efetivamente causados, mas também pelo valor que a parte deixou de ganhar por conta da rutura da negociação.

### **3.5 Direito Comparado**

#### **3.5.1. Enquadramento. A responsabilidade nascida no período pré- contratual: uma perspetiva comparatística**

A presente análise comparatística incidirá sobre os regimes da *culpa in contrahendo*, pois o mesmo tem em vista a relação jurídica dos sujeitos na fase preparatória dos contratos. Os principais fatores em análise passaram pelo seu acolhimento, qualificação e a sua aplicabilidade em cada ordenamento jurídico respetivo.

Os sistemas no qual proporemos analisar sumariamente incidira, no essencial, no sistema Civil Law (sistema de raiz romano-germânica) e de Common Law, abrange o britânico e norte-americano.

---

<sup>109</sup> Vide. STJ de 27.04.2017 e de 06.12.2018, respetivamente, nos processos nº 4154/15.3TBLSB.L1.S1 e 3407/15.5T8BRG.G1.S2. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.

A opção da escolha dos presentes sistemas justifica-se, não só por ocuparem um papel no comércio jurídico internacional, como também pela sua vasta diferenciação cultural comparativamente a outros ordenamentos no que dizem respeito a esta matéria.

As respostas que procuramos encontrar no sistema Civil Law, prende-se com o facto do entendimento dominante entre as principais ordens jurídicas relativamente ao tratamento da responsabilidade no período pré-contratual, já no sistema Common Law o objetivo passará pelo tratamento jurídico dado pelo direito.

## **I. No sistema Common Law**

Face a análise comparativista, verificamos que no Reino Unido inserido no sistema Common Law, é bastante diferente o seu regime em relação aos países pertencentes à família romano-germânica no que concerne a culpa in contrahendo.

A doutrina refere que os sistemas de Common law estão tradicionalmente ligados por um dogma da “freedom of contract”, sendo que o presente princípio tem um menor acolhimento pela sociedade. A solução encontrada pela via tradicional da Common Law é a de que, ou as partes estão vinculadas por um contrato, ou a nada se encontram vinculadas (all or nothing), tendo o princípio da liberdade contratual uma componente negativa, que consiste na exclusão de qualquer responsabilidade que não resulte de uma vinculação assumida num contrato válido<sup>110</sup>. Tal posição consubstancia-se adversa, uma vez que surgem deveres inerentes ao princípio da boa fé durante as negociações.

Para MOURA VICENTE<sup>111</sup> é natural um sistema como o inglês, que entende o Direito como uma expressão normativa das necessidades do comércio jurídico, tal como os tribunais as interpretam, olhem com desconfiança para a consagração do princípio da boa fé nos preliminares e na formação dos contratos. Expressa ainda que a doutrina da culpa in contrahendo não ansiou em inserir-se nos sistemas common law.

Tal como acontece na doutrina e jurisprudência dos países continentais, aqui também não impedem que as partes, durante o período das negociações preliminares e da formação do contrato, usufruam dos deveres da boa fé, tais como: os deveres de esclarecimento, informação e lealdade.

Inicialmente, usava-se a máxima “caveat emptor” na formação dos contratos, ou seja, era uma espécie de ausência da fraude, isto é, desde que os bens objeto de venda fossem suscetíveis de inspeção, não podia o comprador reclamar por defeitos no bem adquirido, pois era sempre possível o mesmo proteger-se contra os mesmos exigindo ao vendedor uma garantia de qualidade. Neste contexto, a forma da interrupção das negociações, ainda que arbitrário, era tido como lícito. Noutras palavras, qualquer parte tinha o direito de romper as negociações. Esta máxima não influenciava a entrada dos intervenientes em negociações, não imponha qualquer

---

<sup>110</sup> Leitão, Luís Menezes; *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais in Estudos*, em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Duarte Gomes da Silva, Coimbra Editora, 2001.

<sup>111</sup> TRAVESSAS, Bernardo; *Culpa in contrahendo nos Direitos inglês, alemão e português*; Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, sobre orientação: Professor Doutor Dário Moura Vicente e Dr.ª Catarina Granadeiro, p.9.

obrigação dos mesmos, uma vez que, cada participante nas negociações atua por sua conta e risco, tendo total autonomia para a recusa de continuar com as negociações.

Mas, nem sempre foi este o acolhimento das negociações, visto que as negociações constituíam um corolário ao princípio da liberdade contratual e a liberdade de negociar, e era vista como uma exigência do sistema económico, isto porque, qualquer outra solução encontrada desvalorizaria aqueles princípios e podia desmotivar as partes de entrar em negociações com vista a celebração de um contrato, refletindo um prejuízo para a economia em geral.

Face, a alteração da ordem jurídica foi necessário criar mecanismos que permitissem, de certo modo, atenuar condutas que se manifestassem contrárias a justiça material. Para tal, foi criado o mecanismo da “misrepresentation”, este mecanismo apresentava três espécies: “fraudulent, negligent e a innocent”.

A primeira expressão consiste na declaração conscientemente falsa, a segunda numa declaração feita descuidadamente ou sem que houvesse fundamento razoável para o declarante crer na sua veracidade, e a terceira numa qualquer declaração inexata feita sem dolo nem negligência<sup>112</sup>.

MOURA VICENTE<sup>113</sup> analisou o mecanismo da “misrepresentation”, verificou que o mesmo era uma manifestação do acolhimento que o Direito inglês deu a princípios de responsabilidade pré-contratual. No entanto, o mesmo achou que era uma declaração inexata, desconforme à verdade dos factos, proferida antes ou aquando da celebração de um contrato, que induzia o declaratório à celebração do mesmo.

## II. Sistema Civil Law

Foi acolhido pelo ilustre jurista alemão Rudolph Von Jhering, num ensaio publicado em 1861, no qual o autor defendeu que nos preliminares do contrato se constitui entre os negociadores uma relação obrigacional integrada por deveres de conduta cuja violação faz incorrer a parte culposa na obrigação de indemnizar os danos causados à outra parte lesada.

A presente consagração aflorou em várias regras do CC alemão de 1896 e obteve consagração no Código italiano de 1942. Na Itália, o dever de indemnizar já se encontra tipificado a muito, decorrente da rutura injustificada das negociações, bem como o dever de indemnizar estando em causa a invalidade do contrato, referente os arts. 1337º e 1338º do CC Italiano<sup>114</sup>. No qual passamos a citar:

### **Art.1337º - Trattative e responsabilità precontrattuale**

*“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.*

---

<sup>112</sup> Ibidem idem.

<sup>113</sup> Ibidem idem, p.10.

<sup>114</sup> Cf. 1337º e 1338º do CC Italiano.

## Art. 1338º - Conoscenza delle cause d'invalidità

*“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”.*

A lei alemã ao longo dos anos sofreu alterações no âmbito do Direito das Obrigações, mais precisamente em 2001, no qual se expandiu os preliminares e à conclusão do contrato os deveres impostos pela boa fé (lealdade, probidade, lisura), que vinculam as partes na sua execução e sujeitou a sua violação às regras gerais relativas ao incumprimento dos deveres emergentes da relação obrigacional. Assim nos arts. 122º, 123º, e 307º do BGB, interpretados de acordo com a cláusula da boa fé do art. 242º<sup>115</sup>, estabelecem uma série de deveres pré contratuais, decorrentes da força do contrato social.

Na França, a doutrina e a jurisprudência acolhem a responsabilidade pré-contratual na rutura das negociações, na publicidade falsa e o *devoir de renseignement* ou dever de aconselhamento, como assinala BORIS STARK<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Vide. Art. 242º BGB:

### **Performance in good faith**

“An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration”.

<sup>116</sup> VICENTE, Dário Moura; *A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002*; Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, p.5 e 6. Disponível online em: [PDF] A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002 | Semantic Scholar

### 3.6. Ponto de situação

Chegados a fase crucial do trabalho cabe agora tecermos algumas considerações sobre as duas questões fundamentais, sendo elas: a natureza da responsabilidade pré-contratual e o ressarcimento dos danos.

No que diz respeito ao primeiro ponto, nomeadamente, sobre a natureza da responsabilidade pré-contratual, devemos situa-la no meio termo, ou seja, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, não despontando, do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem, por outro lado, da violação de um dever genérico de respeito de deveres absolutos, mas antes de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõe a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial. Com isto, poderemos falar de um limite que possa consagrar uma terceira via da responsabilidade civil.

Este tipo de responsabilidade não é contratual, mas também não é propriamente extracontratual. Mas, em virtude de os seus pressupostos gerarem um quadro de negociações tendentes à formação de um contrato, se devem aplicar as regras da responsabilidade contratual, sendo necessário, claro, que tal conduta ilícita e culposa tenha provocado danos à contraparte, entendidos estes como todos os prejuízos sofridos por esta última.

Assim, a consagração de qualquer conduta da responsabilidade pré-contratual, é imperioso considerar, por um lado, o regime emergente do art. 483º do CC, que prescreve a base da responsabilidade civil, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, e, por outro lado, o art. 798º do CC, que determina que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor, presumindo-se essa culpa nos termos do art. 799º, nº1, do CC.

O interesse protegido pelo normativo do art. 227º do CC é a boa-fé, a confiança de quem negocia para a conclusão do negócio, sendo que aquele que rompe a confiança terá de ser responsabilizado se a trai. Por esse mesmo motivo, a confiança alicerçada ao princípio da boa fé, juntamente com os deveres são peças fundamentais para que uma negociação não se chegue a realizar se esses elementos não forem cumpridos.

Ora, no direito civil emerge a questão de como se mede o dano. O que, na teoria pode variar através do interesse contratual positivo e negativo. Estes interesses, são duas designações ou formas de medir o dano pré-contratual e contratual.

Sumariamente, como já referenciamos anteriormente, foi na obra de JHERING que surgiu a presente problemática do interesse pré-contratual positivo e negativo.

O autor referia, que a culpa na contratação ou formação do contrato, dá direito a uma indemnização. Mas, não é a indemnização que visa colocar o lesado na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido/ concluído. Mas sim, a situação em que estaria se nem sequer tivesse chegado a negociar, isto é, não tivesse confiado num contrato válido e eficaz.

Sendo assim, JHERING foi o revolucionário da teoria da *culpa in contrahendo* e que empregou estes termos. Sendo que, o interesse/ dano correspondente a situação em que o lesado estaria se não tivesse chegado a iniciar ou confiado nas negociações de um contrato válido e eficaz, chama-se de interesse contratual negativo. O interesse (dano) correspondente a situação em que o lesado estaria se o contrato tivesse concluído válida e eficazmente, isto é, fosse cumprido é inserido no interesse contratual positivo.

O interesse que falamos aqui é a relação entre o sujeito e a situação em que estaria se não fosse o evento lesivo, isto é, estaria na situação em que o contrato seria cumprido ou estaria na situação que nunca teria sequer começado a negociar ou confiado na celebração do contrato válido e eficaz.

A distinção entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo, a nosso ver é uma mera aplicação das regras gerais da causalidade da responsabilidade civil a diferentes tipos de eventos lesivos. Quando o evento lesivo esta no não cumprimento o interesse no cumprimento é o interesse em ressarcir (positivo). Quando o interesse esta em ter causado a confiança, isto é, em ter induzido a parte a contratar o interesse a ressarcir é o interesse negativo.

A principal função do interesse negativo, é a conciliação da autonomia privada e da liberdade contratual. Tomemos de exemplo, o caso da responsabilidade por ruptura das negociações, antes de celebrar o contrato a parte que rompe negociações não pode ser obrigada a ressarcir incluindo o lucro que a outra parte teria no contrato, porque assim violaria a autonomia privada. Portanto, existe aqui uma conciliação entre autonomia privada no ato contratual e a proteção da confiança.

Também verificamos uma complementaridade entre a indemnização do interesse negativo e a obrigação de restituição. A parte que recebeu tem de restituir. Essa medida reduz o dano daquele que recebe o bem a restituir, mas além disso pode complementar com uma indemnização se a obrigação de restituição não for suficiente.

Outro aspeto, a salientar refere-se a presente questão: Pode uma parte cumular, isto é pedir uma indemnização que cumule o interesse no cumprimento e na confiança?

Parece-nos evidente que não e, é até mesmo contraditório. Ninguém pode pretender ser colocado simultaneamente na situação em que estaria se o contrato fosse cumprido e, mesmo só parcialmente da situação em que estaria se não tivesse iniciado o contrato, ou seja, a parte não pode pedir por v.g. despesas por custos fixos que teria igualmente suportado caso o contrato fosse cumprido (lucro cessante) e também o lucro de oportunidades alternativas que perdeu. Aqui, deve-se exigir ao lesado que opte por uma destas medidas, sendo a forma mais lógica.

Por outro lado, quando o interesse é pelo ressarcimento contratual negativo, ele está limitado pelo valor do cumprimento<sup>117</sup>?. A solução encontrada é através do comportamento alternativo lícito, isto é, a perda da oportunidade alternativa melhor teria igualmente ocorrido se o contrato tivesse sido concluído e cumprido. Consubstancia assim, uma opção que os lesados têm ao seu dispor.

Na *culpa in contrahendo*, não podemos esquecer os três momentos distintos que envolve esses eventos lesivos: o primeiro caso, verifica-se quando o lesado refere que não concluiu o contrato válido e eficaz (por v.g. por erro, pela falta de forma, sem aviso prévio o contrato não é válido e eficaz); ou através da ruptura das negociações, em que o lesado reclama da não conclusão do contrato (v.g. o não comparecimento na conservatória pela parte contrária) e por último, o lesado na *culpa in contrahendo* evidencia que o contrato não foi concluído e houve violação do dever de informação, estaremos perante um contrato “indesejado” (v.g. dolo, negligência), não é conforme as expectativas do lesado.

O problema que se levanta relativamente aos três momentos distintos, refere-se mesmo a ruptura das negociações. Nestes casos, é contrária a autonomia privada ou liberdade contratual, obrigar a indemnizar pelo interesse contratual positivo, exceto, naqueles casos em que as negociações já se encontravam já tão avançadas, ou seja, em que se podia dizer que já se encontravam concluídas, que havia um dever de conclusão do contrato, aqui sim, se pode afirmar que no caso da ruptura das negociações o lesado tem direito a ser colocado na situação em que estaria se o contrato tivesse sido concluído e cumprido pontualmente.

---

<sup>117</sup> V.g. Na responsabilidade pré-contratual ele pode pretender uma indemnização por uma oportunidade alternativa melhor do que aquele contrato lhe daria, isto é, a parte reflete que oportunidade alternativa que colocou de parte dava mais lucro do que tivesse a concluir. Hipótese que não se configura aceitável.

## Conclusões

Aqui chegados, resta afirmar, em jeito de síntese final, as seguintes conclusões:

1º O preceito legal do art. 227º do CC relativo a responsabilidade pré-contratual, verifica-se quando haja a violação de deveres de proteção, de informação e de lealdade que conduza a frustração da confiança criada na contraparte pela atividade da parte que viola aqueles deveres ou quando tal violação retira às negociações o seu sentido substancial da busca de consenso na formação de um contrato válido.

2º De uma forma geral, a boa fé nas negociações preliminares exige que as partes, no espaço da liberdade que lhes é permitido, informem todos os aspetos relevantes para as negociações e que não assumam atitudes contrárias aos objetivos primordiais da ordem privada que, mesmo aí, mantêm sempre a sua aplicação.

3º Comparando os deveres inerentes a boa fé no âmbito da responsabilidade pré-contratual, podemos referir que, os deveres de informação são mais intensos face a entidades qualificadas e fortes, perante parceiros débeis enquanto os deveres de proteção e de lealdade impõem-se, com maior firmeza a negociadores experientes do que a intervenientes ocasionais quando em causa se encontram relações contratuais desse tipo, o que em termos jurídicos tem a sua lógica.

4º Assim sendo, a culpa na formação dos contratos reporta-se às negociações em si, funciona com independência face ao futuro contrato, ou seja, sem consideração pelo facto de se ter obtido um contrato válido, um contrato nulo ou anulável ou nenhum destes.

5º No que respeita, a obrigação de indemnizar, aferimos que tipos de danos é que são indemnizáveis. Em matéria de indemnização pelos prejuízos causados, há dois tipos de interesses: o interesse contratual positivo e o interesse contratual negativo ou de confiança.

Conseguimos, compreender que a maioria da doutrina e jurisprudência entendem que apenas são indemnizáveis os danos resultantes da não celebração do contrato, isto é, o interesse contratual negativo.

6º Através da análise das várias teses defendidas no âmbito do regime da responsabilidade pré-contratual, chegou-se à solução de que o regime que melhor se adequa é a teoria de uma terceira via. Através desta teoria, poderemos enquadrar o regime da responsabilidade pré-contratual entre os dois polos da responsabilidade civil.

7º O presente trabalho teve por fundamento abrir um pouco a visão do legislador, para que numa próxima reforma legislativa reformule o artigo 227º do CC e possa ser mais explícito quanto à natureza, nomeadamente aplicação de uma terceira via da responsabilidade civil.

8º Concluimos ainda que, a consequência da rutura das negociações corresponde a indemnização dos danos. Certo é que por mais longe que as negociações cheguem, nunca se fica sujeito a um dever de contratar (aqui subjacente o princípio da liberdade contratual e da autonomia privada). Caso assim fosse, ficaríamos adstritos ao cumprimento desse dever ao até mesmo chegaríamos a realização da execução específica.

Na rutura das negociações, só se reparam os danos que surjam de uma negociação inútil, e não os danos derivados de não ter sido realizado o contrato.

Na nossa ótica, impor a uma das partes a obrigação de efetivamente contratar, tendo em conta o nível avançado das negociações pressupõe que, a dado momento das mesmas, as partes chegariam a um “beco sem saída”, pois as mesmas perderiam a liberdade de não celebração contrato, antes mesmo da sua própria celebração. A nosso ver é uma posição

desfavorável para as próprias partes.

9º O legislador, ao consagrar a disposição legal do art.227º do CC, pretendeu de algum modo salvaguardar os interesses e as legítimas expectativas dos contraentes.

## Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Ferreira; *Contratos I- Conceito. Fontes. Obrigações*, 5º Ed., Almedina, 2013.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira; *Direito Civil-Teoria Geral*, Vol.II, 2ªEd., Coimbra, 2003.
- CUNHA, Daniela Moura Ferreira; *Responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações*, Almedina, 2006.
- CORDEIRO, António Menezes; *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coleção Teses, Almedina, 2013.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Direito das Obrigações*, 9º Ed., Almedina, 2009.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida; *Noções Fundamentais de Direito Civil*; 7º Ed., Almedina, 2018.
- FRADA, Manuel Carneiro da; *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, 2007.
- FRADA, Manuel Carneiro da; *Uma “Terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, Coimbra, Almedina, 2007.
- FRADA, Manuel Carneiro da; *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007.
- FERNANDES, Maria Malta; *A perda de chance no direito português*, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022.
- GONZÁLEZ, José Alberto; *Direito da Responsabilidade Civil*, Quid Juris, 2017.
- LEITÃO, Luís Manuel Menezes; *Direito das Obrigações*; Vol.I, 6º Ed., Almedina, 2007.
- MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do -Direito Civil*, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2012.
- NETO, Abílio; *Código Civil- Anotado*; 16º Ed, EDIFURUM, Lisboa, 2009.
- OLIVEIRA, Nuno Teodósio; MANSO, Luís Duarte; *Direito das Obrigações- Casos práticos resolvidos*, 6º Ed, Quid Juris, 2010
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; *Princípios de Direitos dos Contratos*, Almedina.
- PRATA, Ana; *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Almedina, 1991.
- PEREIRA, Manuel de Sousa; *Introdução ao Direito e às Obrigações*, Almedina, 2007.
- PINTO, Paulo Mota; *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da; *As Relações entre a Responsabilidade Pré Contratual por Informações e os Vícios da Vontade*, Almedina, 2010.
- TELLES, Inocência Galvão; *Direito das Obrigações*, 7º Ed., Coimbra Editora, 2010.
- VARELA, João de Matos Antunes; *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Ed., Almedina, 2004.

## Webgrafia

ASSIS, Neidy Keilah Diogo; *A tutela da confiança na negociação de Contratos*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Porto, Mestrado em Direito e Gestão, 2021. Disponível online em: [A tutela da confiança na negociação de contratos — Ciência-UCP | Universidade Católica Portuguesa](#)

COSTA, Mariana Fontes da; *O dever pré contratual de informação*. Docente da Faculdade de Economia da Universidade do Porto. Disponível online em: [Repositório Aberto da Universidade do Porto: o dever pré-contratual de informação \(up.pt\)](#)

-DIAMVUTU, Lino; *A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais*, Dissertação, Lisboa, 2011. Docente da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, disponível para consulta online em: [A TUTELA DA CONFIAN&Ccedil;A NAS NEGOCIA&Ccedil;&Otilde;ES PR&Eacute;](#) - [PDF Document] (vdocuments.net)

-LARANJEIRO, Daniela Lopes; *Responsabilidade pela confiança: entre a vinculatividade negocial e a juridicidade para-negocial*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018. Dissertação em Mestrado em Ciências Jurídicas- Forenses. Disponível online em: [Responsabilidade pela confiança: entre a vinculatividade negocial e a juridicidade para-negocial | Estudo Geral \(uc.pt\)](#)

-MIRANDA, Ludmilla Barros Teixeira; *A problemática da responsabilidade civil pré-contratual do estado por danos resultantes de ilicitudes praticadas no âmbito do procedimento de formação dos contratos públicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: [Tese Ludmilla - Versão Final.pdf \(uc.pt\)](#)

-MENDES, Pedro Pimenta; *Natureza Jurídica da responsabilidade Pré-contratual*, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2019. Disponível online em: [2019 – Revista de Direito da Responsabilidade \(revistadireitoresponsabilidade.pt\)](#)

-PRATA, Federico Afonso Cavaleiro; *Responsabilidade Pré contratual por ruptura Ilegítima das negociações*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico -Civilísticas com Menção em Direito Civil. Disponível online em: [Responsabilidade pre-contratual por ruptura.pdf \(uc.pt\)](#)

-VICENTE, Dário Moura; *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal* - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos, Angola. Disponível em: [Angola | Faculdade de Direito | Universidade de Lisboa \(ulisboa.pt\)](#)

## Referências Jurisprudenciais

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09 de julho de 2003 (proc. nº 4577/200-2), Relator: Ana Paula Boularot; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2012 (proc. nº 1610/07. OTMSNT. L1. S1), Relator: António Joaquim Piçarra; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Ac. STJ, 31 de março de 2011, Proc. nº3682/05.3TVSLB.L1.S1, Relator: Fernando Bento. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de junho de 2018 (proc. nº 3093/16.5T8AVR. P1; Relator: Carlos Querido; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de dezembro de 2017 8proc. nº 1156/12.5TVLSB.L1-7; Relator: Cristina Coelho; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Ac. do STJ, de 18 de novembro de 2004, Proc. nº04B2992, Relator: Ferreira Girão. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>
- Ac. STJ, 31 de março de 2011, Proc. nº3682/05.3TVSLB.L1.S1, Relator: Fernando Bento. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.
- Ac. do STJ, de 24 de junho de 2014, Proc. nº4806/07.1 TVLSB.L1.S1., Relator: Ana Paula Boularot. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.
- Ac. do STJ, de 18 de novembro de 2004, Proc. nº04B2992, Relator: Ferreira Girão. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.
- Ac. do STJ de 27 de abril de 2017 e de 06 de dezembro 2018, respetivamente, nos processos nº 4154/15.3TBLSB.L1.S1 e 3407/15.5T8BRG.G1.S2. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>.
- Ac. do STJ, de 11 de setembro de 2007, Proc. nº 07A2402, Relator: Fonseca Ramos. Disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03 de março de 2010 (proc. nº 44/07. 1TBGDL.E1), Relator: Bernardo Domingues; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06 de dezembro de 2018 (proc. nº3407/15.5T8BRG.G1.S2), Relator: Ilídio Sacarrão Martins; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de novembro de 2018 (proc. nº 1156/12.5TVLSB.L1.S1), Relator : Sousa Lameira; Disponível em: <http://www.dgsi.pt>

## **Legislação**

-Código Civil Português (alterações introduzidas pela Lei nº 13/2019, de 12 de fevereiro, pela Lei nº 4372019, de 21 de junho e pela Lei nº 85/2019, de 3 de setembro)

-Regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro), disponível para consulta em: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (pgdlisboa.pt)

-Código Civil Italiano online. Disponível para consulta em: Codice Civile Italiano, aggiornato a Settembre 2022 | Codice Civile online (codice-civile-online.it)

REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262.