



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Responsabilidade pré-contratual
e os efeitos da rutura ilegítima das negociações**

Mafalda Duarte Tavares da Cruz Domingues

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Responsabilidade pré-contratual
e os efeitos da rutura ilegítima das negociações**

Mafalda Duarte Tavares da Cruz Domingues

Orientador: Professor Armando Triunfante

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

Dedicatória

Em especial, ao meu pai, que tanto contribuiu para a minha formação, pela sua disponibilidade, pela sua ajuda constante, pelo saber que me transmitiu, pelo apoio incondicional, pela orientação, pela amizade, pela confiança e por ser um exemplo académico a seguir.

À minha mãe pela preocupação, pelo carinho, pelas chamadas de atenção e pela forma lutadora com que encara a vida.

À minha irmã, por ser a minha melhor amiga e um exemplo de resiliência e trabalho.

À Clara e à Nídia, pela amizade incondicional e auxílio prestado ao longo do meu percurso académico, fundamental para o meu crescimento pessoal e profissional.

Ao Professor Armando Triunfante, pela sua orientação, pelos seus conselhos e pelo seu contributo nesta dissertação.

Resumo

O presente trabalho incide sobre o regime da responsabilidade pré-contratual, em especial, quando esta responsabilidade tem na sua origem a rutura ilegítima das negociações.

Após uma breve análise da evolução histórica do instituto, analisam-se fundamentalmente três aspetos: a tensão entre os princípios em confronto (a autonomia privada e a boa fé); o enquadramento dogmático da responsabilidade pré-contratual, na dualidade dos regimes padrão de responsabilidade (a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual); e, finalmente, o modo de cálculo do *quantum* indemnizatório, aspeto relativamente ao qual se avança com uma proposta que julgo ser inovadora.

Palavras-chave: responsabilidade civil; responsabilidade pré-contratual; culpa *in contrahendo*; rutura ilegítima das negociações; *quantum* indemnizatório.

Abstract

The present work focuses on the pre-contractual liability regime, in particular, when this liability has its origin in the illegitimate rupture of the negotiations.

After a brief analysis of the historical evolution of the institute, three aspects were fundamentally analyzed: the tension between the two conflicting principles (private autonomy and good faith); the dogmatic framework of pre-contractual liability, in the duality of the standard liability regimes (the non-contractual liability and the contractual liability); and, finally, the method of calculating the compensation *quantum*, an aspect in relation to which a proposal is put forward that I believe is innovative.

Keywords: civil liability; pre-contractual liability; guilty *in contrahendo*; illegitimate rupture of negotiations; *quantum* compensation.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CC – Código Civil

Cfr. – Confronte

Ed. – Edição

Ob.cit. – Obra citada

Pág. – Página

Proc. – Processo

P. ex. – Por exemplo

Resp. – Responsabilidade

RPC – Responsabilidade pré-contratual

s/d – Sem data

ss. – Seguintes

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

Vol. – Volume

Índice

Introdução.....	9
Capítulo I – Origem e fundamento da responsabilidade pré-contratual.....	11
A. O <i>nomen iuris</i> utilizado para designar a responsabilidade em causa.....	11
B. Origem e breve análise do desenvolvimento histórico da responsabilidade pré-contratual	12
1. A teoria da <i>culpa in contrahendo</i> de JHERING.....	12
2. Os estudos pós-JHERING	14
C. A responsabilidade pré-contratual no direito português.....	15
1. Evolução histórica (sinopse)	15
2. Acolhimento do princípio da responsabilidade pré-contratual no art. 227.º CC	17
Capítulo II – Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.....	18
A. Considerações gerais.....	18
B. Teoria contratual	18
C. Teoria extracontratual	20
D. Estabelecimento de uma terceira via.....	21
E. Ponto de ordem	22
Capítulo III – Princípios em colisão em matéria de responsabilidade pré-contratual	24
A. Considerações gerais.....	24
B. Liberdade contratual e autonomia privada.....	24
C. Boa fé.....	25
Capítulo IV – Pressupostos da responsabilidade pré-contratual por rutura ilegítima das negociações.....	28
A. Considerações gerais.....	28
1. As negociações propriamente ditas	28
B. Facto Voluntário	30
C. Ilicitude	30

1. Rutura ilegítima das negociações.....	32
D. Culpa.....	34
E. Dano.....	35
F. Nexo causalidade.....	36
Capítulo V – Efeitos da rutura ilegítima das negociações.....	38
A. Considerações gerais.....	38
B. O <i>quantum</i> indemnizatório	39
C. Posição adotada.....	43
Conclusão	46
Bibliografia.....	48

Introdução

Devido sobretudo ao aumento da complexidade das relações jurídicas, o instituto da RPC assume, nos dias de hoje, uma enorme importância. Contudo, apesar de ser pacificamente reconhecido que o comportamento das partes no período anterior à celebração de um projetado contrato não pode deixar de ter relevância jurídica, a verdade é que a fixação dos seus pressupostos e limites continua a ser extremamente controvertida. Como refere Carneiro da Frada, «a ideia de que as condutas adotadas na fase pré-negocial são suscetíveis de desencadear resp. encontra-se sedimentada (...), mas persiste o debate em torno dos seus termos fundamentais»¹.

A RPC regula o período em que não há ainda uma vinculação jurídica semelhante àquela que vigora depois do contrato celebrado, ou seja, regula o período de formação do mesmo.

A doutrina distingue, a este propósito, três grupos de situações dignas de tutela: a celebração de um contrato inválido ou ineficaz; a celebração de um contrato válido, em que a respetiva formação causa danos a uma das partes; e a rutura ilegítima das negociações. Apenas esta última situação constituirá o objeto do presente trabalho.

No caminho que será percorrido, começar-se-á por uma breve abordagem do nascimento e desenvolvimento históricos do instituto, analisando-se de seguida o modo como ele foi acolhido no ordenamento jurídico português.

Em Portugal, a RPC tem, hoje, expressa consagração legislativa no artigo 227.º CC, norma que visa especialmente regular as relações que se iniciam com vista à celebração de um contrato, e cuja disciplina pretende conciliar e encontrar um ponto de equilíbrio entre o princípio da autonomia privada e os deveres impostos pelo princípio da boa fé. Com efeito, e como se verá, o regime da RPC visa fundamentalmente alcançar uma solução adequada e razoável – e, nessa medida, uma solução justa – para a manifesta tensão existente entre aqueles dois princípios na fase formativa do contrato.

Veremos também que uma das grandes dificuldades deste instituto é o seu enquadramento na dualidade dos regimes padrão de resp., consagrados no nosso ordenamento jurídico: a resp. extracontratual (que sanciona a violação de um direito

¹ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 100.

absoluto, como acontece, p. ex., nos casos em alguém desrespeita um direito real de outrem) e a resp. contratual (que resulta da violação de uma obrigação em sentido técnico, que pode resultar, p. ex., da violação de uma cláusula contratual). Com efeito, uma das principais questões que divide a doutrina, nesta sede, é a de saber se o regime aplicável à RPC deve estar mais próximo do regime da resp. extracontratual, como defendem alguns, do regime da resp. contratual, como propõem outros, ou ainda se a solução deve passar por uma terceira via, como é pugnado por outros autores.

Por fim, analisar-se-á uma outra questão controversa, nesta matéria, que diz respeito ao modo como deve ser determinado o *quantum* indemnizatório na RPC, onde avançarei com aquela que considero ser uma proposta própria de regime.

A abordagem destas questões será – atentas as limitações de espaço regulamentarmente impostas – necessariamente concisa, sem, contudo, deixar de se procurar atender à doutrina e jurisprudência que, de forma mais relevante, se tem debruçado sobre esta temática.

Capítulo I – Origem e fundamento da responsabilidade pré-contratual

A. O *nomen iuris* utilizado para designar a responsabilidade em causa

Como já referimos brevemente, na introdução do presente trabalho, a RPC vem tutelada no art. 227.º, CC. O nosso legislador consagrou, como epígrafe da referida norma «culpa na formação dos contratos», sendo que, «culpa em contrahendo», «responsabilidade pré-negocial» e «responsabilidade pré-contratual», são também termos utilizados com frequência para designar a realidade que neste trabalho vai ser objeto de análise.

Como veremos *infra*, o conceito de *culpa in contrahendo*² emerge historicamente da teoria de JHERING, que situava a fonte de resp., no contrato invalidamente celebrado³. O âmbito do instituto alargou-se, com entanto, consideravelmente.

Com efeito, atualmente, a realidade que se visa proteger, não é tão restrita, ou seja, a resp. das partes não se circunscreve à cobertura dos danos causados pela invalidade do negócio, nem a factos lesivos exclusivamente culposos, mas sim aos danos provenientes da violação do princípio da boa fé objetiva e das legítimas expectativas criadas no espírito da outra parte⁴.

Destarte, os termos *responsabilidade pré-contratual* ou *responsabilidade pré-negocial* são mais adequados, porque mais compreensivos, abrangendo as diferentes situações que hoje se entendem pacificamente deverem ficar sujeitas por este instituto. Em todo o caso, o conceito de *responsabilidade pré-negocial* apresenta-se como mais rigoroso, na medida em que este tipo de resp. tem lugar ainda que não estejamos perante uma figural contratual, abrangendo também os negócios jurídicos unilaterais, e inclusive, os quase negócios jurídicos ou atos quase negociais⁵.

² Cfr., SINDE MONTEIRO considera que os termos *culpa in contrahendo*, e *culpa na formação dos contratos* (termo utilizado pelo nosso legislador) remetem para o aspeto genético do instituto, uma vez que remetem para a culpa do autor. Já os termos responsabilidade pré-negocial e responsabilidade pré-contratual dirigem-se seus efeitos, isto é, à obrigação de indemnizar. SINDE MONTEIRO, «Culpa in contrahendo», *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 42, 2003, pág. 8.

³ Ver, ANNA DEL FANTE, «Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà», *Rivista rassegna di diritto civile*, 1982/83, pág. 139 apud ANA PRATA, «Notas sobre a responsabilidade pré-contratual: breves anotações sobre a natureza e o regime», *Boletim da faculdade de direito de Coimbra, Studia iuridica* 96, *ad honorem* – 4, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 24.

⁴ Vide, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e atualizada, Almedina, 2005, pág. 268.

⁵ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pág. 32.

Não obstante, o conceito mais comumente utilizado pelos Autores é o de RPC, visto que, apesar do instituto transcender o puro domínio dos contratos, é no mesmo que o seu âmbito de aplicação se faz sentir com maior intensidade⁶.

Apesar das considerações *supra* mencionadas, a adoção de um dos termos referidos não se torna decisiva para o estudo do respetivo instituto. O que importa valorar é a análise e compreensão da realidade consagrada no art. 227.º, CC⁷ e assim, tratando-se de uma questão lateral, optarei pelo uso do termo «responsabilidade pré-contratual» pela sua ampla aceitação entre a maioria dos Autores.

B. Origem e breve análise do desenvolvimento histórico da responsabilidade pré-contratual

1. A teoria da *culpa in contrahendo* de JHERING

Para melhor perceção do instituto em análise, é necessário compreender o seu desenvolvimento histórico.

O problema da RPC tem as suas raízes no direito romano, embora de forma muito restrita, frágil e limitada. Aí, a proteção dos contraentes, durante o período de negociações, incidia unicamente sobre as hipóteses em que a prestação era originalmente impossível ou em que a contraparte atuava com dolo – *actio doli* - de forma a ocultar os defeitos ou a exagerar as vantagens do objeto do contrato a negociar⁸.

Contudo, esse regime veio a revelar-se insatisfatório à medida que o desenvolvimento da vida económica exigia dos contratantes uma maior lealdade nas transações. Por isso, dada a sua estreita perceção do problema, nomeadamente, a sua

⁶ Neste sentido, cfr., INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 70; CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos», *Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra*, suplemento XIV, Coimbra, 1996, págs. 161 e 162;

⁷ SOBRAL DO NASCIMENTO, «A responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato», *Estudos em homenagem a Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, 2003, págs. 181 e 182

⁸ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 33; Vide também EVA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 17; MARIANA FONTES DA COSTA, *Rutura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 33; CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 25 e ss.

quase exclusiva aplicação a casos de vícios de vontade, a doutrina mais moderna começou a alargar aquela visão limitativa da RPC⁹.

Na verdade, foi apenas no século XIX, em 1861, que o instituto da RPC ganhou mais relevo e autonomia a nível doutrinal, com o pioneiro estudo do Autor alemão JHERING, sobre a teoria da culpa *in contrahendo*¹⁰.

JHERING questionou se o contraente deveria ou não responder pelos danos causados culposamente, à contraparte, pela celebração de um contrato que vem a ser declarado inválido¹¹ ou ineficaz por divergência entre a vontade e a declaração^{12 13}.

O seu ponto de partida foi a teoria da vontade - cujo principal representante é SAVIGNY - segundo a qual, havendo divergência entre a vontade formada e a sua expressão ou declaração, deveria a última ser considerada nula, sendo indiferente, em princípio, o elemento perturbador do processo de formação da mesma¹⁴.

Com base nestes pressupostos, JHERING, sensível à clara injustiça que eles comportavam, procurou estruturar uma teoria que protegesse o destinatário que confia na genuinidade da declaração, na medida em que considera existir uma clara posição de fragilidade do mesmo¹⁵.

É a partir destas inquietações que JHERING desenvolve a sua teoria da culpa *in contrahendo*, abordagem que se afigura como nova¹⁶, tendo aliás, sido considerada, à época, como uma sensacional descoberta jurídica¹⁷.

⁹ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 34.

¹⁰ Importa referir que antes da obra de JHERING, alguns autores do século XVIII e inícios do século XIX – designadamente POTHIER e DOMAT – defendiam ser possível incorrer em RPC, nas hipóteses em que, por erro ou dolo, o contrato era considerado inválido. No entanto, é só com JHERING que o instituto ganha densidade dogmática. Veja-se, ANA PRATA, «Notas sobre...» págs. 8 e 9.

¹¹ Ver, LINO DIAMVUTU, «A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais», *Revista da ordem dos advogados*, ano 71, n.º 2, 2001, pág. 535.

¹² Vide, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, pág. 268.

¹³ Cfr., JHERING agrupou o seu material casuístico segundo três pontos de vista: i) incapacidade do sujeito; (ii) idoneidade do objeto e (iii) falta de fiabilidade da vontade contratual da declaração e da própria vontade. Vide, RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, tradução por PAULO MOTA PINTO, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 43 e ss.

¹⁴ Veja-se, ANA PRATA, «Notas sobre...» pág. 9.

¹⁵ Foi, aliás, perante uma situação real e concreta, que JHERING viveu, que partiu para explicar a sua teoria. JHERING tinha pedido a um amigo que lhe encomendasse 1/4 de caixa de charutos, mas ele engana-se e encomenda 4 caixas. JHERING pergunta-se quem deveria ser responsabilizado pelo erro. Se o remetente teria de suportar os custos do transporte duplamente ou se poderia vir exigir o seu ressarcimento ao nuncio ou a si. Cfr., RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...* pág. 3.

¹⁶ Veja-se, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 241.

¹⁷ Vide, DOLLE, apud ALMEIDA COSTA; *Responsabilidade civil...*, pág. 35.

JHERING parte da premissa que, quando de um contrato nulo por anomalias na sua formação, ocorram danos, a parte que lhes deu origem, é obrigada a indemnizar, colocando o lesado na situação em que estaria, caso não tivessem havido negociações. Aparece, assim, a ideia de que, apesar de ainda não haver contrato, na fase das negociações existe já uma relação efetiva entre as partes, com efeitos jurídicos próprios. A especial proximidade entre as partes na negociação justifica que entre elas nasçam deveres de conduta honesta, leal e correta¹⁸, ou seja, aquilo que hoje se designaria por deveres de atuação de boa fé objetiva.

Contudo, o seu estudo veio a ser alvo de várias críticas, nomeadamente, apontava-se-lhe a falta de fundamentação clara e unitária, a falta de apoio nas fontes, bem como a incorreta interpretação das mesmas¹⁹. Criticava-se ainda o facto da teoria da culpa *in contrahendo* ser baseada numa ficção, na medida em que tinha fundamento num contrato inválido e que, como tal, seria insuscetível de produzir efeitos jurídicos²⁰.

Apesar de toda a oposição, os primeiros passos para o estudo e aprofundamento da matéria estavam dados, sendo que há Autores, em resposta às críticas *supra* referidas, que afirmam que JHERING nunca considerou como pressuposto necessário da culpa *in contrahendo* a conclusão do contrato, ideia que se veio a comprovar com a evolução da teoria.

2. Os estudos pós-JHERING

Na sequência do estudo de JHERING, a doutrina começou a preocupar-se com o instituto da culpa *in contrahendo*, abrindo-se os sistemas jurídicos a um inicial e expressivo limite ao princípio da liberdade dos contratantes, na fase anterior à conclusão do negócio²¹. Assim, foram vários os ordenamentos jurídicos que passaram a aceitar²² ou até consagrar expressamente, nos seus diplomas nacionais, normas que alargavam o conteúdo do instituto²³.

¹⁸ Veja-se, MARIANA FONTES DA COSTA, *ob.cit.*, pág. 34.

¹⁹ Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 531.

²⁰ Ver, CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», págs. 224 e 225.

²¹ Vide, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 35.

²² Nem todos os ordenamentos estipularam uma norma concreta de onde se poderia retirar o princípio da RPC. Cfr., PESSOA JORGE, *Direito das obrigações*, vol. I, Lisboa, 1975/76, pág. 167.

²³ O sistema jurídico alemão, a quem coube a tarefa de desenvolver com profundidade o princípio da boa fé na fase de formação dos contratos, apenas consagrou expressamente a RPC em 2001. O sistema italiano,

Para desenvolvimento do instituto, assume ainda especial relevância o estudo, publicado em 1906, do jurista italiano GABRIELE FAGELLA, tendo as suas principais conclusões, sido acolhidas pelo jurista francês R. SALEILLES, logo no ano a seguir²⁴.

A grande novidade e o grande contributo da obra de FAGELLA consistiu em reconhecer à fase de negociações uma relação jurídica. De acordo com este Autor, a simples entrada em negociações implicaria um acordo pré-contratual, expresso ou tácito, fundado na confiança de cada uma das partes na lealdade da negociação, no sentido da prossecução das mesmas, até que se alcançasse à efetiva celebração do negócio ou até ao ponto em que se verificasse que, por insanável divergência de interesses, o consenso era impossível²⁵.

Assim, defendia que a simples entrada em negociações deveria desencadear, por parte do ordenamento jurídico, simultaneamente, uma proteção negativa, através da manutenção da liberdade de não contratar, e positiva, através da imposição da não interrupção das negociações de forma injusta e arbitrária²⁶.

C. A responsabilidade pré-contratual no direito português

1. Evolução histórica (sinopse)

Em Portugal, muito embora, a lei portuguesa, no domínio CC de 1867, não contivesse nenhuma norma que regulasse a RPC, a RPC era já admitida pela generalidade dos juristas²⁷.

O primeiro Autor, entre nós, a admitir a figura culpa *in contrahendo* de JHERING, foi GUILHERME MOREIRA. Defendia este Autor que, para que pudesse surgir uma obrigação de indemnização era necessário que o procedimento de qualquer das partes ocasionasse prejuízos na outra e que esse procedimento constituísse um facto ilícito²⁸. A

foi o que mais serviu de inspiração para o nosso art. 227.º CC, designadamente no seu artigo 1337.º e 1338.º CC Italiano.

²⁴ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob..cit., págs. 34 e ss.

²⁵ Vide, ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 13 e 14.

²⁶ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob..cit., pág. 35.

²⁷ Cfr., PESSOA JORGE, «A formação do contrato à face do novo código civil português», *Revista forense*, Rio de Janeiro, 1975, pág. 58.

²⁸ Veja-se, GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português II*, Coimbra, 1907, págs. 664 e ss apud MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 358.

recusa arbitrária da celebração do contrato não seria, por si só, ilícita. Para o Autor, era necessário que a parte tivesse entrado em negociações com o propósito de fraude, ou seja, com o objetivo de enganar a contraparte²⁹.

Na mesma linha de pensamento, CUNHA GONÇALVES considerava que não existindo um contrato, não poderia existir RPC, ainda que uma das partes estivesse convencida que o contrato se realizaria. Admitia, todavia, que houvesse lugar à RPC quando, sem intenção séria de contratar, uma das partes, atuasse com culpa ou deslealdade deixando, p. ex., a outra parte fazer importantes despesas e estudos, ou aceitasse uma oferta concorrente, aproveitando o resultado dos estudos e trabalhos de quem ficou com a expectativa lograda^{30 31}.

É, contudo, MOTA PINTO, quem se dedica, expressamente, em 1963, ao estudo da resp. por rutura injustificada de negociações. Este Autor defende que a moldura da resp. deveria ser encontrada entre o equilíbrio entre o interesse da liberdade contratual e a proteção da confiança, numa lógica de razoabilidade³².

Para este o Autor, se uma das partes romper as negociações de forma abusiva deve ser responsabilizado, fundamentando esta resp. no instituto do abuso de direito e na resp. por factos ilícitos³³.

Não obstante, o passo decisivo e fundamental para a possibilidade de responsabilização por rutura das negociações foi dado por VAZ SERRA³⁴, que é o material dos trabalhos preparatórios CC de 1996³⁵, no que diz respeito à norma do art. 227.º Este estudo, veio tornar indiscutível a vigência do instituto e esclarecendo os seus contornos e abrindo caminho à sua consagração no direito português³⁶.

²⁹ Ver, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 42.

³⁰ A posição desses Autores era compreensível na medida em que, então, era atribuída uma importância fundamental ao princípio da autonomia privada.

³¹ Vide, CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 21 Vide também ANA PRATA, «Notas sobre...» pág. 21 e ss; LINO DIAMVUTU, ob.cit., págs. 536 e 537.

³² Cfr., CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», págs. 44 e ss.

³³ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 37; Vide também, DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 13 e ss.

³⁴ *Trabalhos preparatórios: Anteprojecto*, VAZ SERRA, «Culpa do devedor ou do agente», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.68, Lisboa, 1957, págs. 118-140 e 145.

³⁵ Influenciado pelos arts. 197.º e 198.º CC grego, de 1940 e, essencialmente, pelos arts. 1337.º e 1338.º CC italiano, de 1942. Cfr., ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 22 e 23.

³⁶ Importa, contudo, salientar que existiam Autores, como JOSÉ TAVARES, que já defendiam a aplicação do regime de RPC nos casos de rutura injustificada das negociações. Cfr., JOSÉ TAVARES, *Princípios fundamentais de direito civil I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.

2. Acolhimento do princípio da responsabilidade pré-contratual no art. 227.º CC

VAZ SERRA defendia que não era lícito, a uma parte, romper arbitrariamente as negociações, depois de estas terem, justificadamente, desencadeado na outra parte, uma fundamentada confiança de que o contrato se iria realizar.

É certo que o Autor considerava, no entanto, que no caso de o contrato, O qual se referiam as negociações, estar sujeito a forma exigida por lei, não haveria lugar a resp.³⁷. Esta restrição da aplicação de RPC foi, no entanto, afastada pelo nosso legislador, que, no mais, acompanhou o pensamento no Autor, plasmado no art. 227.º CC.

A redação literal da norma aponta no sentido do seu âmbito de aplicação ser restrito aos contratos. Todavia, este elemento não deve ser considerado decisivo, admitindo-se a sua aplicação a negócios unilaterais, ou até, quase negócios jurídicos ou atos quase negociai³⁸.

A norma consagra a obrigatoriedade de a parte atuar segundo o princípio da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à respetiva contraparte. Destarte, é hoje pacífico na doutrina que o artigo seja aplicado a três grupos de situações geradoras de resp.: i) a rutura de negociações;³⁹ ii) a celebração de um contrato ineficaz ou inválido^{40 41} e; iii) a celebração de um contrato eficaz e válido, mas em que surja, durante as negociações, a obrigação de indemnizar^{42 43}.

Por último, importa ainda referir que, a norma, consagra a sanção a aplicar, que como veremos *infra*, será sempre a indemnização dos danos e nunca a ação em cumprimento ou a execução específica.

³⁷ Ver, CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 26.

³⁸ Esta restrição lateral explica-se, por um lado, por ser no domínio dos contratos que historicamente o problema foi analisado e discutido e, por outro, por continuar a ser nele que, com mais frequência, surge a questão. Cfr., ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 24 e ss.

³⁹ Ver, Ac. do S.T.J. de 18-12-2012; Ac. do S.T.J. de 10-09-2019.

⁴⁰ Situações que se verificam com mais frequência.

⁴¹ Cfr, Ac. do S.T.J. de 02-06-2015.

⁴² Vide, Ac. do S.T.J. de 12-09-2019.

⁴³ Veja-se CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», pág. 36.

Capítulo II – Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

A. Considerações gerais

No ordenamento jurídico português há dois regimes distintos de resp. civil: a resp. extracontratual e a resp. contratual. A distinção, entre estes dois regimes assenta na natureza do fator que origina a resp.⁴⁴.

A resp. extracontratual, também chamada de aquiliana ou delitual, deriva da violação de um dever jurídico geral contraposto a um direito subjetivo absoluto de outrem⁴⁵, imposto a todas as pessoas simplesmente pelo facto de se relacionarem em sociedade. A resp. contratual, deriva da violação de um dever jurídico emergente de uma relação creditícia anterior, ou seja, de uma obrigação em sentido técnico, previamente contruída entre sujeitos determinados (ou determináveis)⁴⁶.

Torna-se, assim, essencial perceber em qual dos regimes se insere a RPC, uma vez que, as regras que os balizam divergem, nomeadamente e de importância primordial, em matéria de ónus probatório (arts. 487.º e 799.º CC) e extensão dos seus efeitos.

A verdade é que o direito positivo não consagra nenhuma indicação expressa para aferir qual a real natureza jurídica do instituto⁴⁷, permitindo, assim, a existência de divergências doutrinária.

B. Teoria contratual⁴⁸

A doutrina portuguesa maioritária, influenciada pelo ordenamento jurídico alemão, entende que a RPC se encontra sujeita às regras próprias da resp. contratual.

⁴⁴ Cfr., VICENTE, Dário Moura; *Da responsabilidade pré-contratual...* pág. 149.

⁴⁵ Há ainda lugar a resp. extracontratual, derivada da violação de uma norma que protege um interesse, ainda que não chegue a atribuir um direito – art. 483.º, CC, 2.ª parte.

⁴⁶ Cfr., MARIANA FONTES DA, ob.cit., pág. 64.

⁴⁷ Apesar da remissão estabelecida no n.º 2, do art. 227.º do CC, em matéria de prescrição, para a norma de resp. extracontratual (art. 498.º CC), não podemos daqui retirar qualquer tipo de argumento decisivo para assumir que o legislador procurou fazer coincidir todo o regime das duas. Vide, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 497.

⁴⁸ Ver, Ac. do S.T.J. de 25-10-2005, que consagra que, «nas negociações preliminares a celebração de contratos já nos encontramos no domínio da responsabilidade contratual, pelo que há aí que ter em conta a presunção de culpa estabelecida no. Art. 799.º, n.º 1, CC»; vide, ainda, o Ac. do S.T.J. de 21-12-2005, que

Os Autores⁴⁹, que defendem a proximidade dos regimes invocam que a gênese de toda a relação jurídica, entre as partes, na fase pré-contratual, reside na expectativa despertada nas mesmas de que poderiam alcançar uma situação obrigacional^{50 51}.

Dáí que, apesar de não existir ainda um vínculo contratual, há uma proximidade tal, que justifica a proteção da confiança despertada pela violação dos deveres de proteção, assistência, manutenção, esclarecimento e comunicação, comuns aos vínculos contratuais⁵². Estes deveres de agir *inter partes*, criados entre pessoas determinadas, ou, pelo menos, determináveis, são muito mais próximos de uma relação contratual do que de uma relação existente entre o titular de um direito genérico absoluto e o autor da violação ilícita do mesmo^{53 54}.

Importa ainda referir que a defesa da sujeição da RPC às regras da resp. contratual se fundamenta, igualmente, na violação de deveres específicos de comportamento baseados no princípio da boa fé objetiva que teve a sua origem no âmbito das relações obrigacionais, matéria que será abordada no capítulo seguinte⁵⁵.

estabelece que «a responsabilidade pré-contratual é predominantemente qualificada tendo a natureza de responsabilidade contratual sujeita ao regime desta»,

⁴⁹ Neste sentido, veja-se, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág. 560; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 271; ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 214; MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., págs. 63 e ss; CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág 10; VAZ SERRA, ob.cit., pág. 122; SOBRAL DO NASCIMENTO, ob.cit., pág. 249; CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», pág. 171, embora este Autor considere mais correto, em situações de resp. por rutura ilegítima de negociações, analisar pelo prima da resp. extracontratual.

⁵⁰ Vide, VAZ SERRA, ob.cit., pág. 122.

⁵¹ Em 1991, o Supremo Tribunal de Justiça português, definiu a “natureza” da RPC, mencionando que, «o essencial da culpa *in contrahendo* está na proteção de confiança (...). E a natureza contratual dos deveres pré-contratuais está caracterizada pela criação, por uma das partes, de uma situação de confiança e o aproveitamento pela outra, da situação criada, correspondendo a uma segunda forma de constituir negócios jurídicos, sistematicamente correta (...). O incumprimento desses deveres regula-se pelo regime obrigacional típico». Ac. do S.T.J. de 04-07-1991.

⁵² Ver, CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 10.

⁵³ Cfr., ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 271.

⁵⁴ Cfr., MENEZES CORDEIRO, entende que a RPC tem natureza contratual. No entanto, este Autor ressalva a importância de evitar recorrer a ficções, como tantas vezes se faz, imaginando pretensos contratos tácitos, quando os mesmos não existem. Por outro lado, recusa também as explicações delituais, por entender que as pessoas envolvidas não se encontram, nessa circunstância, como como meros terceiros. Veja-se, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág. 555.

⁵⁵ A doutrina italiana, nomeadamente o jurista FRANCESCO BENATTI, sustenta a teoria contratual, tendo por base, o surgimento histórico da boa fé objetiva, que se verificou no âmbito das relações obrigacionais. Veja-se, FRANCESCO BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, pág. 116, apud DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 49.

C. Teoria extracontratual⁵⁶

Há, por outro lado, Autores⁵⁷ que defendem que a RPC se aproxima da resp. extracontratual, nomeadamente, no que diz respeito a questões importantes como a prescrição e a culpa.

Em matéria de prescrição, foi opção do próprio legislador remeter para o regime da prescrição da resp. extracontratual, consagrada no art. 498.º, CC. Segundo estes Autores, a escolha de uma norma aplicável apenas no âmbito aquiliano revela a inclinação, do legislador, para aplicação ao instituto da RPC, dogmas da resp. extracontratual⁵⁸.

Por isso, em matéria de culpa, entendem que a presunção de culpa, consagrada na resp. contratual, no art. 799.º, CC, não pode aqui ser aplicada. Especialmente nos casos de rutura ilegítima das negociações⁵⁹, não é razoável – dizem – que, ao contraente que sofre uma diminuição na sua esfera negocial, pela limitação significativa da sua autonomia privada, ainda acresça uma presunção de culpa com o correspondente ónus de prova⁶⁰.

Importa ainda referir um outro argumento basilar desses Autores, apoiantes da teoria extracontratual. Para eles, a RPC pode existir independentemente das negociações conduzirem à celebração de um contrato, como sucede em casos da rutura ilegítima das negociações, ou existindo contrato, independentemente da validade e eficácia do mesmo.

⁵⁶ Ver, Ac. do S.T.J. de 13-03-2007, que refere que, «a responsabilidade pré-contratual situa-se no âmbito da responsabilidade aquiliana (ou extracontratual)».

⁵⁷ Neste sentido, cfr., HEINRICH HORSTER, *A parte geral do código civil português – Teoria geral do direito civil*, 5.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 475; DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., págs. 75 e 76; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, 12.ª ed., 2009, pág. 301.

⁵⁸ Como já referimos, a doutrina maioritária portuguesa, defensora da teoria contratual, defende que, da remissão, em matéria de prescrição para o regime da resp. extracontratual, em matéria de prescrição, não é possível retirar nenhum argumento decisivo. ANA PRATA acrescenta que desta remissão se pode assumir exatamente o contrário. A RPC é obrigacional e por esse motivo, o legislador, julgando mais adequado que o prazo da prescrição fosse o prazo consagrado no art. 498º, CC, sentiu necessidade de o expressar, uma vez que, sem essa indicação, outra poderia ser a opção do intérprete. Veja-se, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 214.

⁵⁹ DANIELA FERREIRA CUNHA considera que as situações de resp. por rutura ilícita de negociações devem reger-se pelas regras da resp. extracontratual. No entanto, afirma que poderá haver exceções, nomeadamente no âmbito do ónus da prova da culpa, atribuindo ao intérprete, a procura da melhor solução as circunstâncias do caso concreto. Vide, DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., págs. 75 e 76.

⁶⁰ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 93.

D. Estabelecimento de uma terceira via⁶¹

Por fim, há Autores⁶² que defendem uma “terceira via” de resp., ou seja, uma forma de resp. intermédia⁶³.

Invocam que, nos dias de hoje, se verifica uma constante interferência entre o delito e o contrato justificando a diluição das fronteiras entre as duas modalidades clássicas da resp. civil⁶⁴. Com efeito, por um lado, a RPC não resulta da violação de um dever genérico de respeito por direitos absolutos; mas, por outro lado, os deveres de comportamento exigidos durante as negociações, apesar de surgirem no âmbito de uma relação específica das partes, não constituem obrigações em sentido estrito, pois não são deveres primários de prestação.

Daí que, alguns Autores⁶⁵ autonomizam uma terceira via de responsabilização, ser através da «responsabilidade pela confiança» e outros⁶⁶, ser através da adoção da «teoria mista», ou seja, pela suscetibilidade de se aplicar normas quer de resp. extracontratual quer de resp. contratual.

A resp. pela confiança assume especial relevância sobretudo em situações de rutura ilegítima de negociações. Com efeito, nestes casos, a confiança assume um papel fundamental, sendo que a sua violação, per si, é causa de resp. civil. Isto é, há tutela de confiança quando o facto que dá origem ao dever de indemnizar for a frustração das expectativas, fundamentadas, do sujeito, na realização do negócio, ou seja, quando o fundamento da responsabilização seja, per si só, a simples violação das expectativas^{67 68}.

⁶¹ Cfr. Ac. do S.T.J. de 18-11-2004, que menciona que, «o regime aplicável, no caso de obrigação de indemnizar por responsabilidade pré-contratual (...) dever ser construído a partir da aplicação de normas de responsabilidade contratual ou de responsabilidade delitual consoante o que se considerar mais adequado ao caso».

⁶² Neste sentido, cfr., MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, pág. 362; EVA MOREIRA DA SILVA, ob.cit., págs. 63 e 64; LINO DIAMVUTU, ob.cit., pág. 551; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pág. 276; SINDE MONTEIRO, «Culpa in contrahendo», pág. 8; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, pág. 99 e 100; *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 95; *Responsabilidade civil – O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 62.

⁶³ Para além da RPC, esta terceira via da resp. abrange também os institutos da resp. pós-contratual, da violação positiva do crédito e do contrato com eficácia de proteção de terceiros. Vide, MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, pág. 353;

⁶⁴ Cfr., CARNEIRO DA FRADA, *Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, pág. 62.

⁶⁵ Doutrina onde se destaca, no direito português, CARNEIRO DA FRADA.

⁶⁶ Como, SINDE MONTEIRO, «Culpa in contrahendo», pág. 9; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pág. 273.

⁶⁷ Vide, especialmente, CARNEIRO DA FRADA, *da Teoria da confiança...*, pág. 295.

⁶⁸ O ponto fraco da teoria da confiança é a sua falta de regulamentação.

Os Autores apoiantes da *tertia mixta* defendem que o enquadramento dogmático da RPC deverá ser aquele que melhor se coadune com o caso concreto. Assim, é necessário ponderar em cada caso qual o regime que atenta melhor aos valores e interesses em jogo⁶⁹.

De todo o modo, apesar destes Autores considerarem que só uma resposta diferenciada para cada caso poderá adequar-se à realidade tão diversa e heterogénea de casos de RPC, há uma clara tendência, para enquadrar os casos de rutura ilegítima de negociações regime da resp. extracontratual.

E. Ponto de ordem

A questão da natureza jurídica da RPC é sem dúvida uma questão interessante e sem resposta evidente. Todas as teorias expostas anteriormente apresentam argumentos fortes que tornam a adoção de uma só corrente doutrinária uma tarefa extremamente difícil.

Não obstante, tendo a concordar com a perspectiva da doutrina maioritária, inclinando-me para a natureza contratual da RPC. É inegável a proximidade da RPC com as relações contratuais, nomeadamente pelo facto de surgir na antecâmara de uma relação contratual e de estarem, tal como nesta, previamente determinados os sujeitos da relação.

Relativamente às situações de rutura ilegítima de negociações, principalmente na questão do ónus da prova – seguramente uma das questões mais controversas entre os Autores –, apesar da tendência generalizada para a aproximação do regime da RPC ao regime da resp. extracontratual, parece-me, ainda assim, mais adequado a aplicação do regime da resp. contratual. Ou seja, que se aplique também à RPC, o art. 799.º, CC que estabelece uma presunção de culpa sobre a parte infratora.

Com efeito, e ao contrário do que defende ALMEIDA COSTA⁷⁰, não me parece excessivo que ao contraente que sofre a limitação da sua autonomia privada, acresça uma presunção de culpa. Como refere ANA PRATA, optar pelo regime extracontratual seria aplicar de forma restritiva o princípio da boa fé, em detrimento da sobrevalorização da autonomia privada⁷¹. Ou seja, o princípio da autonomia privada – que, como analisado

⁶⁹ Cfr., SINDE MONTEIRO, «Culpa in contrahendo», pág. 9.

⁷⁰ Ver, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 93.

⁷¹ Vide, ANA PRATA, «Notas sobre...» pág. 213.

no próximo capítulo, se traduz da possibilidade da pessoa poder romper as negociações, isto é, poder desvincular-se de um projeto negocial em que está envolvida – não deve ser sobrevalorizado, de tal ordem, que conduza a que atuações de má fé fiquem por sancionar⁷², o poderá suceder se se entender que o regime aplicável, nesta sede, e quanto à demonstração da culpa, é o regime de resp. extracontratual. Não se ignora que, em última *ratio*, outras soluções permitem ao lesado responsabilizar a contraparte que rompeu as negociações, designadamente através do abuso de direito (na modalidade do seu instituto de *venire contra factum proprium*), mas a aplicação deste instituto implica a verificação de requisitos que tornarão, porventura, ainda mais difícil a responsabilização do lesante.

É preciso, por outro lado, ter presente o exposto no art. 342.º, CC, que postula que aquele que alega um direito – aqui o direito, da parte não faltosa, a ser indemnizado – tem de fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo. Por isso, cabe ao lesado provar que tem direito à indemnização, tendo para o efeito que demonstrar que estão verificados os respetivos pressupostos, em especial, a violação do vínculo de confiança, uma vez que esta é causa desse direito de indemnização.

Ora, aplicando o regime da resp. contratual nas situações de rutura ilegítima das negociações, cabe ao lesado alegar os elementos constitutivos do seu direito, e, desde logo, provar que há uma expectativa fundamentada de que o negócio se iria realizar, incumbindo, por seu turno, ao lesante, devido à presunção de culpa, provar que agiu sem culpa.

Desta forma, e com esta solução, consegue-se alcançar um melhor equilíbrio entre os interesses e as posições em jogo.

⁷² Importa, na verdade, não esquecer a enorme dificuldade de prova, que recairá sobre o lesado, quanto à demonstração da culpa do lesante.

Capítulo III – Princípios em colisão em matéria de responsabilidade pré-contratual

A. Considerações gerais

O legislador consagrou como consequência da violação das regras que emergem do princípio da boa fé, no âmbito da RPC, a sanção indemnizatória. Não é possível, para efeitos do art. 227.º, CC, a aplicação dos mecanismos de ação em cumprimento ou a execução específica, ou seja, não é possível obrigar a parte violadora do princípio da boa fé à realização do contrato cuja negociação defraudou⁷³. Esta proibição da aplicação destes mecanismos sancionatórios deve-se ao respeito pelo princípio da autonomia privada, nomeadamente na liberdade contratual, regulado no art. 405.º, CC.

A tensão entre a autonomia privada e a segurança no tráfego jurídico⁷⁴, obriga a que as partes adotem comportamentos que visem o normal decorrer das negociações, tendo por finalidade a conclusão do negócio. É, precisamente na perspetiva da RPC por rutura de negociações, tema do presente trabalho, que iremos, brevemente, analisar esta dialética entre estes dois princípios.

B. Liberdade contratual e autonomia privada

A possibilidade de rutura de negociações é uma exigência do princípio da autonomia da vontade⁷⁵.

Consagra o art. 405.º, CC a liberdade, basilar, de celebração ou não celebração do contrato, de escolha da contraparte e de fixação do conteúdo contratual. O contraente, independentemente do estado avançado em que se encontrem as negociações, pode sempre abandonar as mesmas. O facto censurável pelo artigo 227.º não é o abandono das negociações por si só, mas sim o desrespeito pelas regras da boa fé que o mesmo poderá

⁷³ Cfr., CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», págs. 171 e ss.

⁷⁴ «Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé (...). Convirá salientar, todavia, que o alicerce teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico.» Vide, Ac. do S.T.J. de 11-04-2019.

⁷⁵ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 57.

implicar. Por outras palavras, a parte não é obrigada a cumprir o que prometeu anteriormente, no desenrolar das negociações; é, no entanto, censurada por ofender as expectativas, quando fundamentadas, que a própria criou e alimentou.

Importa, ainda, referir as situações em que a rutura se prende com a aceitação, por um dos contraentes, de uma proposta negocial de um terceiro, independentemente do motivo que leva a parte a aceitar essa mesma proposta. Na verdade, não há em princípio, nada que proíba a negociação com dois ou mais sujeitos ao mesmo tempo⁷⁶. O dever de indemnização surge se apenas se este comportamento se figurar como ilícito.

Por último, importa ainda mencionar que, em caso de rutura das negociações, a parte não é obrigada a comunicar os motivos da sua atuação. Contudo, se o decidir fazer recaí sobre a mesma um dever de verdade⁷⁷.

C. Boa fé

O conceito de boa fé teve origem na *fides* romana como o elo de ligação das pessoas, consubstanciando uma obrigação de honestidade. Hoje, a boa fé está consagrada como um conceito ético e geral das relações jurídicas, encontrando-se expressamente plasmado no CC, em mais de setenta artigos dos seus 5 livros⁷⁸.

O princípio da boa fé reveste duas vertentes: enquanto boa fé subjetiva e boa fé objetiva⁷⁹. Importa aqui explicar, ainda que de uma forma sucinta, uma vez que este não é o centro deste trabalho, a diferença entre as duas aceções.

A boa fé subjetiva respeita, como o próprio nome indica ao aspeto subjetivo e psicológico do agente. Ela traduz-se, fundamentalmente, no estado do agente, caracterizado pela ignorância, não culposa⁸⁰, em relação ao facto ou direito. Por outras palavras, há no agente uma convicção que a sua atuação é conforme o direito, nomeadamente, pela ignorância ou desconhecimentos de certos factos⁸¹.

⁷⁶ Ver ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág 63.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 64.

⁷⁸ Vide, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil I*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 301.

⁷⁹ A boa fé surge, na sua vertente subjetiva, pela primeira vez, no CC francês, em 1804, e posteriormente, na sua vertente objetiva, no CC alemão.

⁸⁰ O comportamento do agente apenas será de acordo com o conceito de boa fé subjetiva quando a ignorância ou erro subjacentes ao mesmo, sejam estritamente não culposos ou sejam desculpáveis.

⁸¹ Cfr., DANIELA FERREIRA CUNHA, *ob.cit.*, pág. 115.

A boa fé objetiva, que é o conceito relevante no âmbito da RPC, assume um sentido objetivo e ético, traduzindo-se em regras de atuação, impostas aos agentes, em todas as relações jurídicas⁸². Eleva-se à categoria de princípio geral de Direito, e traduz-se no critério geral de orientação e valoração da conduta padrão, do homem razoável, que deve ser honesta, correta e leal⁸³.

Este conceito indeterminado, de critérios valorativos de apreciação, permite a resolução de diferentes problemas jurídicos, através da correta e real perceção do caso concreto. Incumbe à doutrina e, fundamentalmente, ao intérprete e aplicador da lei, a tarefa de concretização e preenchimento da cláusula⁸⁴. Esta ponderação não é, contudo, discricionária. Cabe ao intérprete/aplicador o conhecimento do conteúdo da boa fé objetivado pela vivência social, pela finalidade intentada na sua consagração e utilização, bem como pela sua aplicação anterior e pela configuração do caso concreto⁸⁵.

Também aqui, no âmbito da RPC, os deveres emergentes do princípio da boa fé apresentam-se RPC como deveres laterais ou acessórios de prestação⁸⁶.

Não obstante não ser possível configurar uma lista taxativa, concreta e fechada⁸⁷ dos deveres laterais que importam em matéria de RPC, é possível individualizar dois grandes grupos de deveres^{88 89}: os deveres de esclarecimento, que impõe às partes que troquem informações necessárias (nomeadamente em relação às circunstância que possam ser relevantes na formação do consenso da outra parte, com especial intensidade quando um das partes se apresenta como mais fraca), que se exprimam com clareza e que

⁸² Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* pág. 175.

⁸³ Cfr., PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, págs. 22 e 23.

⁸⁴ Vide, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e teoria geral*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, págs. 255 e ss.

⁸⁵ Veja-se, ALMEIDA COSTA, «Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos», *Revista de legislação e de jurisprudência*, n.º 3910 – 3921, 133.ª ano – 2000 – 2001, pág. 228 e 229.

⁸⁶ Sobre esta temática, pode ver-se especialmente CARNEIRO DA FRADA, «Contrato e deveres de proteção», *Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra*, suplemento XXXVIII, Coimbra, 1994;

⁸⁷ Cfr., BATISTA MACHADO, «Tutela da confiança e venire contra factum proprium», vol. I, *Scientia iuridica*, Braga, 1991, págs. 360 e ss.

⁸⁸ Na mesma linha de pensamento, DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 130; PRATA, «Ana Notas sobre...», pág. 48; DÁRIO MOURA VICENTE, «Culpa na formação dos contratos», *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 268.

⁸⁹ No nosso ordenamento jurídico, ao contrário do sistema jurídico alemão, não se exige, no período pré-contratual, a adoção de um comportamento que traduza na observância de deveres de proteção, ou seja, de deveres que visam obstar a que a Parte, na fase negocial, adote condutas suscetíveis de causar danos à contraparte. Assim, MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, pág. 358; Esta solução fica, em grande parte, a dever-se ao facto de se considerar que a proteção concedida ao lesado, em situações de RPC, não é débil. Neste sentido, vide DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pág. 306; PAIS DE VASCONCELOS, ob.cit., pág. 491.

evitem uma falsa interpretação da contraparte⁹⁰; e os deveres de lealdade, que vinculam as partes a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação honesta e verdadeira, aqui se incluindo a própria ruptura ilegítima das negociações.^{91 92}.

⁹⁰ Tem-se entendido que o dever de informação só surge quando a outra parte cumpriu o seu dever de se auto-informar, ou seja, quando a contraparte faz o que estava razoavelmente ao seu alcance para se informar. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, pág. 359.

⁹¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, págs. 358 e 359.

⁹² Vide, a título de ex., Ac. do S.T.J. de 12-09-2019.

Capítulo IV – Pressupostos da responsabilidade pré-contratual por rutura ilegítima das negociações

A. Considerações gerais

Para que uma conduta possa resultar em RPC, é necessária a verificação dos pressupostos comuns a todas as diferentes formas de resp. civil, sendo eles, a ocorrência de um facto voluntário, positivo ou omissivo, o seu carácter ilícito, a culpa do agente, a ocorrência de um dano e a sua conexão com o ato⁹³.

Tal como na resp. contratual e extracontratual, os pressupostos são cumulativos, isto é, não há lugar a RPC se, p. ex., o lesante não atuar com culpa, ou se, ainda que atue com culpa, a violação não produza danos na esfera jurídica do lesado.

Destarte, o que distingue estes três regimes de resp. é a natureza do facto ilícito que está na origem de cada uma. Na pré-contratual, como já estudado, a ilicitude surge da violação de um dever de conduta resultante do princípio da boa fé, durante as negociações contratuais⁹⁴.

No caso em estudo, de rutura ilegítima de negociações, há duas especificidades que importa sublinhar: a existência de negociações que tenham permitido ao contraente lesado uma justificada confiança de que o negócio se iria realizar; e, que essa rutura tenha sido ilegítima⁹⁵.

Desta forma é, em primeiro lugar, condição essencial para que possa existir uma responsabilização do agente, a existência de negociações.

1. As negociações propriamente ditas

Nenhum dever de indemnizar pode surgir, quando exista, por si só, um mero convite a contratar, ainda que a parte, p. ex., por iniciativa própria, realize estudos e tenha despesas na elaboração de um *draft* do contrato com a finalidade de o submeter à outra⁹⁶.

⁹³ Cfr., PRATA, «Ana Notas sobre...», pág. 36;

⁹⁴ Veja-se, SINDE MONTEIRO, «Culpa in Contrahendo», pág. 9;

⁹⁵ Ver, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, págs. 54 e 55.

⁹⁶ Ver, DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 151.

Por outro lado, para que se possa falar em negociações tem de haver uma atividade comum entre os contraentes, destinada à análise e elaboração do projeto do negócio.⁹⁷

Conforme resulta do art. 277.º, CC, podem-se distinguir dois momentos na fase pré-contratual: i) a fase negociatória, que integra os atos preparatórios, desde o início das negociações das partes até à formulação da proposta contratual definitiva; ii) e a fase decisória, que integra as duas declarações de vontade, a proposta e a aceitação⁹⁸.

A separação destas duas fases revela-se, por vezes, uma tarefa ambígua e imprecisa, uma vez que as duas não têm uma duração definida, sendo sempre necessário, para a sua delimitação, a análise do caso concreto⁹⁹. Por um lado, podem ocorrer situações em que a fase de negociações nem se chegue a verificar, ou seja, situações em que o contrato tenha uma formação imediata: pense-se, p. ex., na compra e venda de produtos, num supermercado. Por outro lado, podem ocorrer situações em que a relação comercial se revele tão complexa que obrigue as partes a realizar atos materiais – p. ex., a realização de encargos, *due diligences* (muito frequentes na compra e venda de empresas), estudos prévios, pedidos de informações, viagens – e atos jurídicos, nomeadamente, a realização de acordos preliminares, cartas de intenção, minutas, entre outros^{100 101}.

Não obstante o exposto, a autonomização das duas – em termos dogmáticos – revela-se importante, uma vez que o legislador, ao contrário do que consagrou na fase decisória¹⁰², não regulou, no CC, com a mesma densidade, a fase negociatória do contrato.

É exatamente esta falta de regulamentação, por parte do legislador, que gera diferentes soluções, no âmbito da RPC¹⁰³.

Para a melhor compreensão do exposto, far-se-á, infra, uma breve abordagem aos pressupostos da RPC.

⁹⁷ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 54.

⁹⁸ Cfr., *Ibidem*, pág. 49; CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», pág. 168.

⁹⁹ Veja-se, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceito fontes e formação*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pág.204.

¹⁰⁰ Ver, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, pág. 507.

¹⁰¹ Poderão surgir, na fase das negociações de um contrato, figuras jurídicas como o pacto de preferência, o contrato de promessa e o acordo-quadro, que apesar de se inserirem no âmbito das relações pré-contratuais, não estão sujeitas ao seu regime, uma vez que a sua violação vem regulada no regime próprio do incumprimento do contrato. Vide, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 148.

¹⁰² A fase decisória do contrato, designadamente a proposta e aceitação do mesmo, vem regulada entre os arts. 224.º e 235.º, CC.

¹⁰³ Veja-se o ponto IV – A – 1, do presente estudo.

B. Facto Voluntário

Começando pela análise do facto voluntário, este traduz-se no comportamento, objetivamente controlável pela vontade, imputado a um ser humano. Não se exige que esta conduta seja intencional, basta a possibilidade de o agente poder controlar o ato; ou seja basta que a conduta lhe seja imputável em virtude da sua vontade ¹⁰⁴.

O facto voluntário pode consistir numa ação, ou seja, num facto positivo (art. 483.º, do CC) ou numa omissão, ou seja, num facto negativo (art. 486.º, do CC).

C. Ilicitude

A ilicitude diz respeito à existência de uma conduta objetivamente censurada pela ordem jurídica. Ora, como já foi *supra* mencionado, a lei consagra a liberdade de as partes não contratarem, isto é, de desistirem das negociações até ao momento da conclusão definitiva do contrato.

Assim, podemos concluir que a rutura das negociações não é, *per se*, ilícita. Para que possa haver lugar a RPC, a rutura das negociações, por si só, não basta; é necessária que a mesma seja ilegítima, isto é, seja não fundamentada^{105 106}.

O critério para aferir a existência ou não de fundamentação, consagrado no art. 227.º, CC, é o princípio da boa fé na sua dimensão objetiva. Como já ficou dito, este princípio surge como padrão orientador de um comportamento honesto e leal, indicando os caminhos e linhas de orientação para a resolução de problemas jurídicos concretos¹⁰⁷, mediante a ação concretizadora do julgador^{108 109}.

¹⁰⁴ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, pág 287; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, pág. 527.

¹⁰⁵ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, *ob.cit.*, pág. 54.

¹⁰⁶ Veja-se, o Ac. do S.T.J. de 10-09-2019, que estabelece que «durante as negociações e até à fase decisória, qualquer das partes pode, livremente, pôr fim às negociações, porque ambas e cada uma das partes têm o direito de não contratar. Mas se a rutura das negociações for arbitrária ou injustificada, com flagrante violação do dever de boa fé, a parte desistente incorre em responsabilidade pré-contratual».

¹⁰⁷ Cfr., SOUSA RIBEIRO, «A Boa Fé como Norma de Validade, *Direito dos Contratos*», *Direito dos contratos – Estudos* Coimbra Editora, Coimbra, págs. 207 e ss.

¹⁰⁸ Vide, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 125.

¹⁰⁹ Veja-se o ponto III – C, do presente estudo.

Ora, a doutrina¹¹⁰ costuma normalmente ligar o princípio da boa fé, no âmbito da RPC, à ideia da confiança, entre as partes. Deste modo, a violação das fundadas expectativas das partes¹¹¹ na celebração do contrato, pode originar situações de RPC, na medida em que tal conduta do lesante se revele contrária às regras do princípio da boa fé.

Não obstante a confiança ser um bem demasiado importante para que o Direito deixe de a tutelar¹¹², nem toda a confiança é digna de proteção por parte do nosso ordenamento jurídico¹¹³.

É necessário, em primeiro plano, analisar se a confiança das partes na efetivação do contrato é razoável e objetivamente motivada, não bastando que a confiança se configure como «um simples estado psicológico ou como uma convicção de raízes subjetivas»^{114 115}.

Por outras palavras, a confiança não será tutelada, pelo Direito, quando se tratar de uma mera esperança, das partes, na realização do contrato¹¹⁶. A mesma deve ser justificada e assente numa conduta objetiva, de uma das partes, que possa, de facto, ser entendida como uma «tomada de posição vinculante»¹¹⁷ em relação à celebração futura do negócio.

Abstratamente não é possível fixar o momento temporal que faz fronteira entre uma mera esperança e uma confiança digna de ser tutelada pelo direito. Esta separação terá de ser necessariamente casuística, fruto de uma criteriosa e equilibrada análise da situação concreta¹¹⁸. O intérprete deve socorrer-se, para realizar esta ponderação, de

¹¹⁰ Designadamente, veja-se, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 54 e 55; CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», pág. 150; DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 164; ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 25; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág 582; EVA MOREIRA DA SILVA, ob.cit., pág. 47.

¹¹¹ As expectativas legítimas de cada parte devem ser juridicamente protegidas não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração. Cfr., MÁRIO JÚLIO ALEMIDA COSTA, *Direito das obrigações*, pág.303; Vide também, Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, pág 584; LINO DIAMVUTU, ob.cit., pág. 543.

¹¹² Cfr., EVA MOREIRA DA SILVA, ob.cit., pág. 47.

¹¹³ Ver, Ac. do S.T.J. de 01-09-1998, que procura diferenciar a confiança, assente na boa fé, digna de ser tutelada, daquela que designou «mera conjuntura não protegida», apud DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 164.

¹¹⁴ Veja-se, o Ac. do S.T.J. de 06-12-2018, que consagra a que «a boa-fé consiste, em geral, no comportamento honesto e consciencioso, na lealdade de se conduzir e tem, no caso do art. 227.º 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».

¹¹⁵ Vide, Almeida Costa, *Responsabilidade civil...* pág. 57.

¹¹⁶ Cfr., DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 164.

¹¹⁷ Cfr., BATISTA MACHADO, ob.cit., pág. 416.

¹¹⁸ Cfr., ANA PRATA, «Notas sobre...», pág.67.

certos elementos, que o ajudam, nomeadamente, «na duração do período negocial; no grau de desenvolvimento das negociações; na existência de relações contratuais anteriores entre as partes; na natureza profissional de um ou ambos os contraentes; no tipo de contrato em causa; na formalização, pelas partes, do processo negocial, p. ex., através de minutas; na celebração de acordos pré-contratuais destinados a regular o processo de negociação ou trechos do próprio contrato final (...) e o início de execução do contrato a negociar»¹¹⁹.

Tendo em consideração estes critérios é possível avançar com algumas situações suscetíveis de desencadear RPC, como veremos no ponto seguinte, IV-B-1.

Em suma, é a confiança das partes na celebração do contrato, que quando frustrada de forma ilegítima, isto é, de forma contrária ao princípio da boa fé, se demonstra passível de originar RPC e, por consequência, um dever de indemnizar.

Assim, tendo por base este enquadramento, verifica-se que o facto ilícito se consubstancia numa rutura ilegítima das negociações.

1. Rutura ilegítima das negociações

Como já supra ficou dito, as partes têm liberdade de romper as negociações por motivos legítimos. Na maioria dos casos, a rutura deve-se a razões de ordem económica, nomeadamente pelo aparecimento de uma proposta concorrente mais vantajosa, pela perda de interesse no negócio, pela verificação de despesas extraordinárias que surgem no decorrer das negociações, entre outros.

Não obstante, pode ocorrer que uma das partes injustificadamente ou arbitrariamente abandone as negociações, criando prejuízos na contraparte. Para aferir se há ilegitimidade da rutura, ou seja, se a parte que rompe as negociações atua sem motivo válido e de forma desleal, é necessário fazer uma análise individualizada de cada caso, atendendo, como se disse acima, aos deveres laterais ou acessórios que impendem sobre as partes em qualquer relação negocial.

¹¹⁹ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 54.

É incontroverso, por parte da doutrina, considerar como ilegítimas as situações em que as negociações são iniciadas sem intenção séria de contratar, com o especial propósito de, através da sua interrupção, causar danos na contraparte^{120 121}.

É também assente a ilegitimidade das situações em que, criada uma confiança justificada entre as partes, uma das partes rompe negociações por divergências que não se revelem sérias, qualificadas, e não incidam sobre pontos fundamentais do negócio¹²².

Por outro lado, o autor da rutura não tem necessariamente de comunicar à outra parte os seus motivos, mas, se o fizer, está sujeito a um dever de verdade. Assim, se prestar esclarecimentos falsos acerca dos motivos de rutura, e estes causarem danos na outra parte, pode vir a ser obrigado a ressarcir a mesma¹²³.

Mencione-se ainda o caso dos contratos sujeitos a forma, destinada a assegurar a ponderação das partes. A não verificação da forma não torna impossível a existência da RPC¹²⁴. O legislador apenas consagrou a exigência de forma para o momento de celebração do contrato. Ora, nada impede que durante o anterior processo de negociação surjam, nos termos indicados, os problemas da confiança e de rutura ilegítima de boa fé¹²⁵
126

Por fim, importa referir que nada impede que uma parte negocie simultaneamente com mais do que um contraente. Nem a boa fé exige, nestes casos, que a parte dê conhecimento que está a negociar com outrem, salvo se um dos contraentes vier realizar despesas excepcionais para concluir o contrato¹²⁷.

Em todo o caso, não obstante as situações abstratas apresentadas, é notório que a RPC só se pode aferir perante a situação concreta e quando for criada na contraparte uma

¹²⁰ Cfr., CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 80.

¹²¹ Vide, o Ac. do S.T.J. de 16-12-2010, que estabelece que, quando «alguém inicia e prossegue negociações, criando na outra parte expectativas de negócio, mas com o propósito de as romper ou de não fechar o contrato, ou formando no decurso dessas negociações tal propósito de forma arbitrária, dessa maneira defraudando a confiança que a outra parte tenha formado na celebração deste, viola aquelas regras, devendo indemnizar os prejuízos que cause».

¹²² Veja-se, JORGE DE ABREU E TIAGO PITTA E CUNHA, *Responsabilidade civil pré-contratual: um caso de rutura das negociações e a confiança do lesado*, Florida Gráfica, Lisboa, 1999, pág.69.

¹²³ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil...* pág. 63.

¹²⁴ Ver Ac. do S.T.J., de 05-02-1981, que serve de base à presente consideração, Apud MENEZES CORDEIRO, *Dolo na conclusão do negócio...*, págs. 162 a 164.

¹²⁵ ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 65.

¹²⁶ Com entendimento diferente, vide, VAZ SERRA, ob.cit., pág. 68

¹²⁷ ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 63.

previsibilidade e expectativa de celebração de negócio, levando a que as negociações não devam ser rompidas sem um motivo forte e válido^{128 129}.

D. Culpa

A culpa é um requisito geral de resp. civil, tendo sido, expressamente consagrada, por parte do legislador, no âmbito da RPC, no art. 227.º, CC¹³⁰. Esta concretiza-se num juízo de censura face a uma conduta concreta.

Na RPC a culpa pode ser dolosa (quando há intenção e/ ou consciência na rutura injustificada as negociações¹³¹) ou negligente (não havendo intenção, há uma violação o dever de boa fé, através da omissão de uma diligência exigível do agente¹³²)¹³³.

A apreciação da culpa faz-se nos termos do art. 487.º, n.º 2, CC, pelo critério de um bom pai de família em face das circunstâncias do caso¹³⁴.

No que respeita à prova da culpa, esta foi analisada *supra*, no capítulo II, deste trabalho. De forma sucinta, o ónus da prova da culpa dependerá da natureza da RPC, questão extremamente debatida na doutrina. Se se considerar que a RPC se rege pelas

¹²⁸ «Tendo sido criada na contraparte uma expectativa, uma confiança tão grande e séria, de que o contrato final seria celebrado, não pode uma das partes recusar, sem mais, a celebração do contrato», cfr. Ac. do S.T.J. de 22-11-2018.

¹²⁹ DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., págs. 152 e 153.

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO alerta para a existência de decisões, nos tribunais alemães, que dispensam a culpa do lesante, em situações de rutura ilegítima das negociações, onde, apesar de se reconhecer a inexistência de culpa daquele que rompeu as negociações, este sabia que a contraparte havia realizado despesas consideráveis tendo em vista o negócio.

Esta solução, todavia, parece recusar-se no nosso ordenamento jurídico à luz do princípio geral de resp. civil por factos ilícitos, consagrado no art. 483.º, CC, que estabelece que só em situações especificadas na lei pode haver lugar a um dever de indemnizar sem culpa; e ainda, pelo art. 227.º, CC, consagra expressamente a exigência de culpa, no âmbito da RPC.

Não obstante, MENEZES CORDEIRO considera que esta hipótese abstrata é enquadrável, no nosso ordenamento jurídico, à luz do instituto do abuso de direito. Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág 553, nota de rodapé 98.

¹³¹ MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 58.

¹³² ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 573.

¹³³ Há, porém, casos em que a lei consagra a exigência de dolo para imputação de RPC, são eles: a nulidade de doação de bens alheios – art. 956.º, n.º 2, CC – e de danos causados por ónus ou vícios de direito ou de coisa, em caso de doação e comodato – arts. 957.º e 1134.º, CC. Veja-se, MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 58.

¹³⁴ A este propósito importa salientar que a diligência exigida a um profissional é distinta da exigência exigida a particulares. A um profissional cumpre observar particulares cânones de competência e probidade, não exigíveis a um agente comum. Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 67; Vide também, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 161; DÁRIO MOURA VICENTE, «Culpa na formação dos contratos», pág. 272.

regras da resp. extracontratual, a culpa deve ser provada pelo lesado, segundo o art. 487.º, CC; por sua vez, se esta for sujeita ao regime da resp. contratual, há uma presunção de culpa, consagrada no art. 799.º, CC¹³⁵, e portanto, a culpa deve ser afastada pelo lesante.

Por fim, importa mencionar que, nos casos em que há um concurso de culpas do lesante e do lesado, para efeitos do art. 570.º, CC, cabe ao legislador ponderar se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida, ou até mesmo excluída¹³⁶. Aliás, note-se que, se a resp. se fundar na presunção de culpa, a culpa do lesado, excluí, sempre, o dever de indemnizar – como consagrado no n.º 2, do mesmo art.

Da mesma forma, nos casos em que há mera culpa, regulada no art. 494.º, CC, deve o julgador ponderar a aplicação ou não de uma redução na indemnização¹³⁷.

E. Dano

O art. 227.º, CC, consagra, em situações de RPC, que o agente, que assuma uma conduta violadora do princípio da boa fé, possa vir a «responder pelos danos que (...) causar à contraparte». Logo, sem dano não há lugar a uma obrigação de indemnizar. Ou seja, se a consequência da resp. civil é obrigar o lesante a responder pelos danos que causou com a sua conduta, não havendo danos, não existe obrigação de indemnizar^{138 139}.

Não obstante esta regra geral de indemnização dos danos, alguns Autores consideram que as regras da boa fé, no âmbito da RPC, nas situações em que as negociações estão de tal forma avançadas, podem, porventura, radicar numa efetiva obrigação de celebração do contrato, em ordem a não defraudar as expectativas justificadamente criadas na contraparte¹⁴⁰. ANA PRATA, p. ex., refere as situações em que o conteúdo contratual está definido, faltando somente a sua formalização (quando esta é legalmente exigível)¹⁴¹.

¹³⁵ Neste sentido, veja-se, o Ac. do S.T.J. de 05-02-2002; e, o Ac. do S.T.J. de 11-07-2007.

¹³⁶ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 58; ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 162 e ss. Cfr., Também, DÁRIO MOURA VICENTE, «Culpa na formação dos contratos», pág. 267 e 286.

¹³⁷ Veja-se, ANA Prata, *Código civil anotado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, art. 227.º.

¹³⁸ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 58.

¹³⁹ Salvo se, porventura, for estipulada pelas partes uma consequência diferente, designadamente, nos casos excecionais como os de sinal, cláusula penal e mora nas obrigações pecuniárias. Ver, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 166.

¹⁴⁰ Vide, FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade pré-contratual...*, págs. 13 e ss.

¹⁴¹ Veja-se, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 74.

Esta solução, que estabelece um «*point of no return* – ponto de não retorno»¹⁴² nas negociações, acarreta, na minha perspetiva, um encargo demasiado excessivo para o lesante. Além do mais, como já analisado, a parte que rompe as negociações atua de acordo o seu direito a não contratar, salvaguardado pelo princípio basilar do Direito, da autonomia privada. Assim, por mais desenvolvidas que se encontrem as negociações, sobre o sujeito nunca deve recair um dever de contrata¹⁴³.

Por isso mesmo, o legislador afastou a possibilidade de uma ação em cumprimento ou de uma execução específica: «A consequência da rutura das negociações e sempre e só a indemnização de danos»¹⁴⁴.

Importa ainda referir a questão, controversa na doutrina, do cálculo do *quantum* indemnizatório, no âmbito da RPC. Uma vez que o legislador não regulou a matéria, no art. 277.º, CC, a tónica está em saber se a indemnização se deve liminar pelo interesse negativo, ou se pelo contrário deve abranger o interesse positivo¹⁴⁵ - tema que será abordado abordado *infra* no ponto V-B, deste estudo.

A indemnização deve ser arbitrada pelos tribunais, de forma individualizada, através de critérios de equidade¹⁴⁶.

F. Nexo causalidade

Por fim, importa ainda analisar o quinto e último requisito da RPC – comum a todas as variantes da resp. civil – o nexos de causalidade.

O nexos causal estabelece-se, nos termos gerais do art. 563.º, CC, pelo duplo critério da condição *sine qua non* e causalidade adequada^{147 148}. Ou seja, para que haja

¹⁴² Expressão utilizada pelo Autor LINO DIAMVUTU, «A tutela da confiança...», pág. 559.

¹⁴³ Neste sentido, veja-se, OLIVEIRA ASCENSÃO, que acrescenta, ainda, que a indemnização só deve reparar danos causados pela frustração das negociações, ou seja, danos causados pelo facto das negociações se revelarem inúteis; e não, os danos derivados de não ter havido contrato. Ver também, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, pág. 559.

¹⁴⁴ Ver, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – Teoria geral, vol. II: Ações e factos jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 549.

¹⁴⁵ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, *ob.cit.*, pág. 59.

¹⁴⁶ Não haverá lugar a indemnização quando a mesma representar para um devedor uma onerosidade de tal forma agravada que deva ser considerada excessiva. Ver, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 190.

¹⁴⁷ Cfr., ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 180.

¹⁴⁸ Para além da teoria da causalidade adequada, há outras conceções relativas ao nexos de causalidade, nomeadamente a teoria da equivalência das condições, a teoria da última condição, a teoria da condição eficiente e a teoria do fim da norma violada. Cfr, MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, pág 344.

lugar a uma obrigação de indemnização, não basta que a conduta do lesante tenha sido causa do dano, é ainda necessário que seja, em abstrato, adequada a produzir o dano ¹⁴⁹.

Só através deste juízo proporcional – assente neste duplo critério – na avaliação do nexo de causalidade, é possível conter a resp. dentro de limites razoáveis e justos. Não é relevante todo e qualquer comportamento do lesante, mas apenas aquele que, efetivamente, tenha representado condição necessária da ocorrência do dano, e em relação ao qual se prove que constitui causa idónea e potencial a produzir o mesmo¹⁵⁰. Assim, é de excluir a RPC nas situações em que os danos ocorram, apenas, devido a circunstâncias extraordinárias ou invulgares; em que estas circunstâncias sejam determinantes para a aptidão causal do facto na produção desses mesmos danos^{151 152}.

¹⁴⁹ Ibidem, 347;

¹⁵⁰ Veja-se, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 181.

¹⁵¹ Vide, neste sentido, SINDE MONTEIRO, «Rudimentos da responsabilidade civil», *Revista da faculdade de direito da universidade do Porto*, ano II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág 380; CARLOS MOTA PINTO, «Responsabilidade pré-negocial...», pág. 171; ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 77; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág. 585; DÁRIO MOURA VICENTE, «Culpa na formação dos contratos», págs. 276 e 332.

¹⁵² Importa, por fim, referir que há duas concretizações diferentes da causalidade adequada: a formulação positiva, que consagra que há causalidade adequada quando o dano for considerado um efeito típico da conduta do lesante, sendo que é o lesado quem tem de provar essa tipicidade; e a formulação negativa, que estabelece que só não há causalidade adequada quando o facto, se mostrar por sua natureza, inadequado a produzir o dano (e apenas o haja produzido devido a circunstâncias anómalas ou excepcionais), cabendo, neste caso, ao lesante demonstrar esta inadequação.

Capítulo V – Efeitos da rutura ilegítima das negociações

A. Considerações gerais

A consequência da RPC é sempre a indemnização¹⁵³.

Todavia, alguns Autores¹⁵⁴ defendem a possibilidade de se aplicar o princípio da reconstituição *in natura*, consagrado no art. 566.º, CC, à RPC, o que aproximaria o dever de indemnizar, em certos casos, da própria celebração do negócio.

Pense-se, p. ex¹⁵⁵, na hipótese de negociações para a compra e venda de um anel. Se sobre B (vendedor), em consequência da sua rutura ilegítima das negociações, recaísse a obrigação indemnizar, mediante a reconstituição natural, este seria obrigado a entregar a A (o comprador) um anel, ou seja, seria, na prática, obrigado a realizar a prestação contratual.

É certo que não há aqui uma decisão judicial que obrigue B à prestação contratual, mas antes uma decisão indemnizatória que faz coincidir a mesma com o negócio celebrado. Ou seja, a solução apresenta-se, na prática, como muito semelhante ao regime da execução específica, afastado pelo legislador, no âmbito da RPC. Assim, tendo em concordar com os Autores¹⁵⁶ que rejeitam a aplicação desta solução, nas situações em análise.

Por fim, importa, ainda, saber se na fase pré-contratual, a indemnização engloba ou não os danos não patrimoniais.

¹⁵³ Importa, aqui, relembrar o art. 227.º, n.º 2, CC que remete, em matéria de prescrição, no âmbito da RPC, para o prazo de prescrição de 3 anos, consagrado no art. 498.º, CC, a contar da data em que o lesado teve conhecimento dos factos constitutivos do seu direito. Vide, ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 196 e 197.

¹⁵⁴ Neste sentido, Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pág. 795; ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 189 e 190; EVA MOREIRA DA SILVA, *ob.cit.*, pág. 209.

¹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO defende a possibilidade de indemnização via restauração *in natura*, nas situações em que se celebra um contrato nulo por vício de forma, onde o tribunal emitiria um acordo com semelhante conteúdo. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág. 795

¹⁵⁶ Ver, CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 95; ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 205.

Os danos não patrimoniais, também chamados de danos morais, são aqueles que não são avaliáveis em dinheiro¹⁵⁷. É o caso clássico da situação em que o lesado vê o seu bom nome ofendido ou sofre um desgosto¹⁵⁸.

Ora, podemos concluir, da redação do art. 496.º, n.º 1, CC, que consagra expressamente o regime de danos não patrimoniais, que estes devem ser tidos em consideração na fixação da indemnização, mas apenas quando, pela sua gravidade, mereçam tutela por parte do Direito¹⁵⁹.

Relativamente a situações de RPC, a questão doutrinal centra-se em saber qual o âmbito de aplicação do artigo. Ora, considerando a natureza da resp. em causa, como contratual, entendem alguns Autores¹⁶⁰ que a indemnização não deveria abranger os danos não patrimoniais, sob pena de se «comercializarem os valores morais¹⁶¹».

Por outro lado, a maioria da doutrina¹⁶², com qual tendo a concordar, considera que a indemnização deve atender aos danos não patrimoniais, independentemente da natureza da resp. civil.

Por último, cabe agora analisar a questão mais controvertida, do regime da RPC, que consiste na determinação do cálculo da indemnização.

B. O *quantum* indemnizatório

O artigo 227.º, CC não regula o *quantum* indemnizatório, nem delimita os danos indemnizáveis. Assim, o cálculo da indemnização apresenta-se, no âmbito da RPC, como

¹⁵⁷ Ver, Ac. do S.T.J., 1-7-2010, que menciona que, «a indemnização por danos não patrimoniais, visa compensar o lesado pelo mal causado, donde resulta que o valor da indemnização deve ter um alcance significativo (...) proporcionando ao ofendido os meios económicos capazes de fazer esquecer, ou pelo menos mitigar, o abalo moral suportado».

¹⁵⁸ Veja-se, neste sentido, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 167; ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 210;

¹⁵⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 606.

¹⁶⁰ Neste sentido, cfr., SINDE MONTEIRO, «Culpa in Contrahendo», pág. 9; RUI DE ALCATRÃO, *Direito das obrigações*, texto elaborado por SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA, Coimbra, 1983, pág. 177.

¹⁶¹ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código civil anotado*, vol. I, 4.ª ed. revista e atualizada, com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, págs. 501 e 502.

¹⁶² Neste sentido, veja-se, DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., pág. 173; ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, págs. 82 e ss; CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, págs. 98 e 99; ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 174.

a questão mais controversa tanto na doutrina como na jurisprudência¹⁶³. O cerne da questão está em saber se a indemnização deve ser fixada atendendo unicamente ao interesse contratual negativo, também designado, como dano da confiança¹⁶⁴, ou se deve abranger também o interesse contratual positivo, referido também como interesse de cumprimento¹⁶⁵.

Irei de seguida fazer uma breve referência às diferentes posições que têm sido avançadas sobre esta matéria.

A posição maioritária da doutrina¹⁶⁶ e jurisprudência¹⁶⁷ é a de que a fixação da indemnização deve atender apenas ao interesse contratual negativo. Este pode ser definido como o dano resultante da violação da confiança de uma das partes na lealdade e honestidade do comportamento da outra, na fase de formação do contrato¹⁶⁸. Assim, será ressarcível o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse confiado, sem culpa, que a contraparte agira segundo as regras da boa fé.

A justificação desta solução, nos casos de rutura de negociações, é segundo MENEZES LEITÃO¹⁶⁹, meramente pragmática. Esta reside no facto de não se chegar a celebrar nenhum contrato, sendo que na maioria das vezes nem se chega sequer a aferir o seu conteúdo. Assim, não se torna possível indemnizar o lesado por danos que sofreu com

¹⁶³ Veja-se o exemplo de 2 Ac. que analisam a matéria de forma diferenciada: o Ac. do S.T.J. de 09-11-2004, consagra que, a indemnização deve ser fixada pelo interesse contratual negativo: «nos casos de responsabilidade pré-contratual ou por culpa *in contrahendo*, é ressarcível o dano negativo ou de confiança, resultante da lesão do interesse negativo, ou seja, o dano que não teria sofrido se não tivesse entrado em negociações ou se não tivesse sido celebrado o contrato nulo ou anulável»; por sua vez, o Ac. do S.T.J. de 20-03-2012, estabelece a fixação da indemnização atendendo, também, ao interesse contratual positivo: «danos indemnizáveis em sede de responsabilidade pré-contratual (...) abrangem quer o dano da confiança (interesse contratual negativo), quer o dano do cumprimento (interesse contratual positivo).

¹⁶⁴ A expressão «dano de confiança» revela-se como imprecisa na medida em que todo o dano pressupõe a confiança do lesado. Veja-se, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, pág. 318, nota de rodapé 1144.

¹⁶⁵ Ver, ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 166 e ss; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pág. 177 e *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pág. 207.

¹⁶⁶ Neste sentido, veja-se, VAZ SERRA, ob.cit., pág. 133 a 136; GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos...*, pág. 58; ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...* pág. 75; PAIS DE VASCONCELOS, ob.cit., pág. 494; CARNEIRO DA FRADA, *da Teoria da confiança...*, págs. 519 a 521; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil...*, págs. 449 e 450; MENEZES LEITÃO, «Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais», *Revista da ordem dos advogados*, ano 60-2000, Lisboa, págs. 766 e 767; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, pág. 443; SOBRAL O NASCIMENTO, ob.cit., pág. 79; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, pág. 271 – no entanto, o Autor considera, a título excepcional, que a indemnização pode ser fixada pelo interesse contratual positivo.

¹⁶⁷ Veja-se, o Ac. do S.T.J. de 29-01-2004; o Ac. do S.T.J. de 21-12-2005; o Ac. do S.T.J. de 11-07-2013; o Ac. do S.T.J. de 22-11-2018; o Ac. do S.T.J. de 06-12-2018; o Ac. do S.T.J. de 10-09-201; o Ac. do S.T.J. de 11-04-2019.

¹⁶⁸ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 74

¹⁶⁹ Cfr., MENEZES LEITÃO, «Negociações e responsabilidade...», págs. 766 e 767.

o não cumprimento de um contrato sobre o qual não se conhece sequer as prestações que as partes se vinculariam¹⁷⁰.

Em sentido idêntico, CARNEIRO DA FRADA¹⁷¹ e VAZ SERRA¹⁷² defendem que a indemnização deve coincidir com o interesse negativo para não contender excessivamente com a liberdade de romper as negociações. Acrescentam que não parece razoável que o lesado possa ser colocado numa situação mais vantajosa do que conseguiria, caso o contrato que as negociações visavam celebrar tivesse sido consumado. Daí que defendam que a indemnização devendo ser calculada com base no interesse contratual negativo, nunca deverá exceder o prejuízo que resultasse do interesse contratual positivo¹⁷³. ALMEIDA COSTA¹⁷⁴ explica que, apesar de a lei não consagrar este limite, este impõe-se por razões de equidade e justiça¹⁷⁵.

Também OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁷⁶ considera que o contraente lesado deverá ser colocado na posição em que estaria se não tivesse celebrado o contrato inválido, fixando esta indemnização pelo interesse contratual negativo, tendo como teto máximo o interesse contratual positivo. Por sua vez, MENEZES LEITÃO¹⁷⁷ não considera esta limitação.

¹⁷⁰ Neste sentido também, MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 59.

¹⁷¹ Cfr., CARNEIRO DA FRADA, *da Teoria da confiança...*, pág. 520.

¹⁷² Cfr., VAZ SERRA, ob.cit., pág. 215.

¹⁷³ Analisando brevemente o direito comparado, em Itália e na Alemanha, – ordenamentos jurídicos que servem de base para o desenvolvimento da matéria da RPC, – a doutrina e jurisprudência maioritária entende que a indemnização, nos casos de rutura das negociações, deve ser calculada pelo interesse contratual negativo.

Relativamente à questão de se limitar a indemnização ao interesse contratual positivo, na Alemanha (ao contrário do que acontece em Itália), apenas uma corrente doutrinal minoritária defende esta solução, justificando-a com base em critérios de equidade. Vide, ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 169, nota de rodapé 339; Para um melhor análise dos diferentes ordenamentos jurídicos, ver, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, págs. 318 a 330.

¹⁷⁴ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, pág. 252.

¹⁷⁵ Salvo se a atuação culposa tiver causado um dano diferente da perda da prestação contratual. Veja-se, VAZ SERRA, ob.cit., pág. 215.

¹⁷⁶ Ver, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil...*, págs. 449 e 450.

¹⁷⁷ Cfr., MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, págs. 375 e 376.

Não obstante, alguns Autores¹⁷⁸, acompanhados por alguma jurisprudência¹⁷⁹, defendem que a indemnização deve atender também ao interesse contratual positivo¹⁸⁰, que se reconduz aos danos que decorrem do não cumprimento do contrato, ou do seu cumprimento defeituoso ou tardio¹⁸¹.

ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA¹⁸², consideram que, em face das circunstâncias do caso concreto e do valor da equidade, a RPC poderá originar a indemnização dos danos positivos, a título excecional, quando a conduta culposa viola um verdadeiro dever de concluir o contrato¹⁸³.

ALMEIDA COSTA¹⁸⁴ afirma que não estamos nunca perante uma situação em que a parte omite o dever de concluir do contrato. Não há violação do dever de contratar, há violação do dever de agir segundo as regras da boa fé, que poderá unicamente conduzir, segundo o artigo 227.º, a um dever de indemnização pelo dano de confiança.

SOARES DO NASCIMENTO¹⁸⁵ afirma que só pode haver lugar a indemnização pelo interesse contratual positivo quando todos os elementos do contrato a celebrar já estejam acordados, sendo possível conhecer todo o conteúdo prestacional do contrato.

Por sua vez, MENEZES CORDEIRO¹⁸⁶ e HEINRICH HORSTER¹⁸⁷ consideram que, uma vez que estamos perante uma atuação culposa, devem ser indemnizados todos os danos concretos que o lesado sofre, pelo que a indemnização deve ser fixada pelo interesse

¹⁷⁸ Neste sentido, veja-se, HEINRICH HORSTER, *A parte geral...*, pág. 474; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, pág. 585; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...* pág. 324; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 1340-1349; ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código civil...*, pág. 134; BATISTA MACHADO, ob.cit., pág. 368; RIBEIRO FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, s/d, pág. 130; CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, pág. 96 a 98; ABÍLIO NETO, *Código civil anotado*, 17.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2012, pág. 122; LINO DIAMVUTU, «A tutela da confiança...», pág. 538; MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., págs. 61 a 63; DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., págs. 193 a 199; ANA PRATA, «Notas sobre...», págs. 173 a 180; EVA MOREIRA DA SILVA, ob.cit., págs. 216 e 217.

¹⁷⁹ Veja-se, o Ac. do S.T.J. de 11-01-2007; o Ac. do S.T.J. de 28-04-2009; o Ac. do S.T.J. de 16-12-2010; o Ac. do S.T.J. de 20-03-2012.

¹⁸⁰ Aliás, como já referido anteriormente, no ponto IV-D, do presente estudo, alguns Autores chegam a considera a possibilidade de existir uma obrigação de contratar, posição de que discordo, como já tive oportunidade de referir no ponto indicado.

¹⁸¹ Cfr., MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., pág. 59.

¹⁸² Cfr., ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código civil ...*, pág. 134.

¹⁸³ Veja-se o Ac. do S.T.J. de 11-01-2007, que refere que, na RPC, em princípio, apenas se indemniza o interesse contratual negativo. Contudo, excecionalmente, cabe também, a indemnização pelo interesse positivo, como nos casos em que ocorre uma clara violação da conclusão do contrato; neste sentido também, Ac. do S.T.J. de 06-12-2018.

¹⁸⁴ Cfr., ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, págs. 84 e 85.

¹⁸⁵ Vide, SOBRAL DO NASCIMENTO, ob.cit., págs. 251 e ss.

¹⁸⁶ Vide, MENEZES CORDEIRO, *Dolo na conclusão do negócio...*, págs. 165 a 167.

¹⁸⁷ HEINRICH HORSTER, *A Parte geral...*, pág. 474

contratual positivo. Segundo estes Autores, não há qualquer motivo para limitar a indemnização, uma vez que o art. 227.º, CC, não consagra tal limitação. Por isso, o regime deverá ser procurado nas regras gerais da resp. civil (arts. 562.º e ss)¹⁸⁸.

FERREIRA DE ALMEIDA¹⁸⁹ considera que a indemnização deve ter em consideração as diferentes situações de RPC. Explica que o que está em causa é o pressuposto do nexo de causalidade adequada entre o dano e o facto que o provocou – aqui o comportamento contrário à boa fé. Este critério de causalidade tanto pode conduzir a uma indemnização pelo interesse contratual positivo como pelo interesse contratual negativo. Acrescenta, que tendencialmente no caso dos contratos anuláveis, mas que não foram efetivamente anulados, a indemnização deve ser fixada pelo interesse contratual positivo; já no caso dos contratos anulados, nulos, ou ineficazes, a indemnização deve ser fixada pelo dano da confiança; finalmente, no caso de rutura das negociações, em que não há contrato, e em que os contornos definitivos não estão ainda materialmente acordados, a indemnização deve cingir-se ao interesse contratual negativo.

Tendo em consideração as teses expostas, importa ainda referir que qualquer posição admite a indemnização dos danos emergentes, ou seja, as despesas justificadas que o lesado incorreu, por causa das negociações, e dos lucros cessantes, p. ex., dos benefícios provenientes de outras oportunidades negociais que o lesado rejeitou, por causa das negociações¹⁹⁰.

C. Posição adotada

Percorrido este caminho, avanço com a minha reflexão e posição pessoal sobre esta matéria.

No que diz respeito ao *quantum* indemnizatório, tendo a concordar com a doutrina maioritária, no sentido de que, em matéria de rutura ilegítima das negociações, a indemnização deve ser fixada pelo interesse contratual negativo.

¹⁸⁸ No mesmo sentido, veja-se também, LINO DIAMVUTU, «A tutela da confiança...», pág. 538; MARIANA FONTES DA COSTA, ob.cit., págs. 61 a 63; DANIELA FERREIRA CUNHA, ob.cit., págs. 193 a 199; ANA PRATA, «Notas sobre...», pág. 9; EVA MOREIRA DA SILVA, ob.cit., págs. 216 e 217; CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, págs. 96 a 98.

¹⁸⁹ Ver, FERREIRA DE ALMEIDA, ob.cit., págs. 233 e ss.

¹⁹⁰ Veja-se, ANA Prata, *Código civil anotado*, Vol. I, art. 227.º.

Em todo o caso, para a concreta fixação do valor indemnizatório, entendo que há dois momentos decisivos a considerar: o momento em que surge a confiança das partes e o momento da rutura ilegítima das negociações.

Como já *supra* ficou dito, a rutura das negociações não é, por si só, ilícita. A ilegitimidade verifica-se apenas quando a rutura das negociações é violadora das regras de boa fé, ou seja, quando frustra as expectativas fundamentadas da contraparte na realização do negócio. Para que possa existir RPC, é, por isso, necessário que se verifique, desde logo, este facto ilícito.

No entanto, como é sabido, este não é o único pressuposto da resp. civil. Para que esta exista, é ainda necessário, para além de outros, a verificação de um dano, sendo que este é o ponto fulcral da minha análise: saber que dano é indemnizável, na hipótese da RPC.

Com efeito, e como mais bem esclarecerei de seguida, entendo que a indemnização só deve abranger os danos que ocorram após ter surgido a confiança tutelada pelo direito.

Na verdade, não me parece sensato ignorar o pressuposto constitutivo do eventual dever de indemnizar da contraparte: a confiança. Assim, não devem ser atendíveis, na fixação da indemnização, todos os prejuízos que o lesado tenha a partir do momento em que se iniciaram as negociações, mas unicamente aqueles que ocorreram depois do surgimento da confiança, isto é, os prejuízos que o lesado teve, exatamente, por ter confiado na contraparte.

Veja-se, p. ex., um caso concreto: A, possível comprador, negocia com B, possível vendedor, a compra e venda de uma fábrica. A, resolve, numa fase muito preliminar das negociações realizar um estudo de mercado e uma *due diligence* à empresa de B.

Após aconselhamento dos seus advogados, A rompe as negociações, devendo, nesta hipótese, assumir as despesas que fez nesta fase preliminar. Do mesmo modo, supondo agora que é B a romper as negociações, devido a uma proposta concorrente, A deve igualmente, neste caso, assumir as despesas iniciais que fez com vista à celebração do negócio, uma vez que as fez sem confiança merecedora de tutela pelo ordenamento jurídico.

Imaginemos agora que A e B não rompem de imediato as negociações, surgindo entre ambos, uma relação de confiança tutelada pelo direito, que os leva firmemente a crer que o negócio vai ser celebrado. A, após esse momento, pede a um arquiteto que faça um projeto para melhorar a fábrica, rompendo B, de seguida, as negociações de forma arbitrária e sem qualquer fundamento, ou seja, de forma ilegítima.

Parece-me razoável, sensato e proporcionado – e, nessa medida, conforme ao Direito – que nestas situações, uma vez que a ilicitude está na frustração das expectativas de A, que a indemnização seja fixada tendo em conta, unicamente, os prejuízos que A sofreu tendo por base, precisamente, a sua fundamentada confiança. Desta forma, devem ser excluídos, da indemnização, aqueles prejuízos que assumiu suportar num momento em que não havia ainda uma fundada expectativa na celebração do negócio. Assim, B terá de indemnizar A pela despesa com o arquiteto, mas já não as despesas iniciais que despendeu relacionadas com este processo negocial.

Não se ignora, que em muitos casos, poderá não ser fácil precisar o momento exato das negociações em que se estabelece a tal relação de confiança entre as partes¹⁹¹. No entanto, há despesas que são claramente feitas numa fase muito preliminar no negócio, que não devem ser atendíveis na indemnização.

Em suma, sem confiança nunca poderá haver indemnização. A confiança é, pois, o elemento fundamental para a delimitação dos danos indemnizáveis na RPC, apresentando-se também como o momento fronteira para a determinação dos danos atendíveis e indemnizáveis neste tipo resp..

¹⁹¹ Caso paradigmático de um momento a partir do qual se pode considerar verificada a confiança merecedora de tutela pelo direito, e que é o elemento decisivo para uma eventual RPC, é o clássico aperto de mão entre os contraentes, selando a vontade de celebrar o contrato.

Conclusão

Chegados aqui, é possível avançar algumas das conclusões que resultaram do estudo efetuado.

Antes de mais, conforme ficou evidenciado, importa ter presente que a base do instituto da RPC é o princípio da boa fé. A existência de negociações sujeita, desde logo, as partes a deveres recíprocos pautados pelos valores da boa fé objetiva. O instituto da RPC acompanhou, aliás, a crescente importância atribuída à boa fé, em especial, quando em confronto com a preponderância de que gozava o princípio da autonomia privada, designadamente, a liberdade de contratar.

Por outro lado, a noção de boa fé, em matéria de RPC, surge intimamente ligada ao conceito de confiança, isto é, à violação da confiança da parte de que o contrato, a que dizem respeito as negociações, se iria celebrar. Ou seja, o comportamento ilícito não é, em si mesmo, o romper das negociações, mas o desrespeito pelo princípio da boa fé, quando se frustram as expectativas que fundamentadamente foram criadas na contraparte de que o contrato iria ser concluído.

Relativamente ao regime de a aplicar em matéria de RPC, não há consenso na doutrina e jurisprudência. A maioria da doutrina defende que se deve aplicar o regime da resp. contratual; há, no entanto, autores que defendem a aproximação ao regime da resp. extracontratual, havendo, ainda, quem defenda a possibilidade de se aplicar à RPC uma terceira via de resp..

Por mim, inclino-me para concordar com a perspetiva maioritária da doutrina. É inegável a proximidade da RPC com as relações contratuais, nomeadamente pelo facto de surgir na antecâmara de uma relação contratual e de estarem assim previamente determinados os sujeitos da relação.

Daí que, no que respeita ao regime aplicável à RPC, em caso de rutura ilegítima das negociações, deverá, quanto à questão do ónus da prova, considerar-se aplicável o regime do art. 799.º CC, que estabelece uma presunção de culpa sobre a parte infratora. Já quanto aos demais requisitos da resp., deverá atender-se à regra geral consagrada no art. 342.º CC, que postula que recai sobre aquele que alega um direito o ónus de fazer a respetiva prova.

Assim, tendo em conta estes dois artigos, cabe ao lesado provar que tem direito à indemnização, tendo para o efeito de demonstrar que estão verificados os respetivos pressupostos, e em especial, que havia uma relação de confiança entre as partes digna de tutela, isto é, que havia, da sua parte, uma expectativa fundamentada de que o negócio se iria realizar; por seu turno, caberá ao lesante provar que agiu sem culpa.

O critério para apreciação da culpa do lesante deverá ser, nos termos do art. 487.º, n.º 2, do CC, o critério do homem médio, do bom pai de família.

Relativamente às consequências e aos efeitos de uma situação de RPC, ela deverá ser sempre exclusivamente a obrigação de indemnizar. É de excluir, neste âmbito, a obrigação de contratar, a execução específica, ou a ação em cumprimento.

A indemnização deve abranger tanto os danos patrimoniais, como os não patrimoniais, assim como os danos emergentes e os lucros cessantes.

É, porém, controverso na doutrina o modo como se deve calcular o *quantum* indemnizatório. Tendo a concordar com a doutrina maioritária, no sentido de que, em matéria de rutura ilegítima das negociações, a indemnização deve ser fixada pelo interesse contratual negativo.

Entendo, no entanto, que há, a este propósito, dois momentos decisivos a considerar: o momento em que surge a confiança das partes e o momento de rutura ilegítima das negociações. E, assim o julgo, não devem ser atendíveis todos os danos que o lesado tenha a partir do momento em que se iniciaram as negociações, mas apenas os danos que ocorrem depois do surgimento da confiança – este deve ser o momento fronteira para identificação dos danos a indemnizar.

Assim, parece-me sensato – e a solução que melhor consegue alcançar o equilíbrio entre os interesses em jogo – que as despesas feitas numa fase preliminar do negócio (em que ainda não há uma expectativa fundamentada na realização de negócio), não devam ser atendíveis na indemnização, ainda que posteriormente surja a confiança e o dever de indemnizar.

Bibliografia

- ABREU, JORGE DE /CUNHA, TIAGO PITTA E, *Responsabilidade civil pré-contratual: um caso de rutura das negociações e a confiança do lesado*, Florida Gráfica, Lisboa, 1999;
- ALCATRÃO, RUI DE, *Direito das obrigações*, texto elaborado por SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA, Coimbra, 1983;
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I – Conceito fontes e formação*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2008;
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito civil – Teoria geral*, volume II: ações e factos jurídicos, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O Direito – Introdução e teoria geral*, 13.^a edição reformulada, Almedina, Coimbra, 2010;
- BENATTI, FRANCESCO, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1984;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, «Dolo na conclusão do negócio - Culpa in contrahendo», *O Direito*, ano 125, janeiro/junho, 1993;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de direito civil I*, 4.^a edição, reformulada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012;
- COSTA, MARIANA FONTES DA; *Rutura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, Almedina, 12.^a edição, 2009;
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, «Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos», *Revista de legislação e de jurisprudência*, n.º 3910 – 3921, 133.^a ano – 2000 – 2001;
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA; *Responsabilidade civil pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994;
- CUNHA, DANIELA MOURA FERREIRA, *Responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações*, Almedina, Coimbra, 2006;

DIAMVUTU, LINO, «A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais», *Revista da ordem dos advogados*, ano 71, n.º 2, 2011;

FANTA, ANNA DEL, «Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà», *Rivista rassegna di diritto civile*, 1982/83;

FARIA, JORGE RIBEIRO, *Direito das Obrigações*, volume I, Almedina, Coimbra, s/d;

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, «Contrato e deveres de proteção», *Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra*, suplemento XXXVIII, Coimbra, 1994;

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Responsabilidade civil – O método do caso*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010;

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007;

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1997;

HORSTER, HEINRICH EWALD, *A parte geral do código civil português – Teoria geral do direito civil*, 5.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2000;

JHERING, RUDOLF VON, *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, tradução de PAULO MOTA PINTO, Almedina, Coimbra, 2008;

JORGE, FERNANDO PESSOA, «A formação do contrato à face do novo código civil português», *Revista forense*, Rio de Janeiro, 1975;

JORGE, FERNANDO PESSOA, *Direito das obrigações*, volume I, Lisboa, 1975/76;

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das obrigações*, volume I, 8.º edição, Almedina, Coimbra, 2009;

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, «Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais», *Revista da ordem dos advogados*, ano 60-2000, Lisboa

MACHADO, JOÃO BATISTA, «Tutela da confiança e venire contra factum proprium», volume I, *Scientia iuridica*, Braga, 1991;

MARTINS, ANTÓNIO CARVALHO, *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, «Culpa in contrahendo», *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 42, 2003;

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989;

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, «Rudimentos da responsabilidade civil», *Revista da faculdade de direito da universidade do Porto*, ano II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

MOREIRA, GUILHERME, *Instituições do Direito Civil Português II*, edição do Autor, Coimbra 1907;

NASCIMENTO, PAULO SOBRAL SOARES DO, «A responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato», *Estudos em homenagem a Inocêncio Galvão Telles*, volume IV, 2003;

NETO, ABÍLIO, *Código civil anotado*, 17.ª Edição, Ediforum, Lisboa, 2012;

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, «Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos», *Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra*, suplemento XIV, Coimbra, 1996;

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;

PRATA, ANA, *Código civil anotado*, volume I, Almedina, Coimbra, 2017;

PRATA, ANA, «Notas sobre a responsabilidade pré-contratual: breves anotações sobre a natureza e o regime», *Boletim da faculdade de direito de Coimbra, Studia iuridica 96, ad honorem – 4*, Coimbra Editora, Coimbra;

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «A boa fé como norma de validade», *Direito dos contratos - Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Culpa do devedor ou do agente», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, Lisboa, 1957;

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2006;

TAVARES, JOSÉ, *Princípios fundamentais de direito civil I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das obrigações*, 7.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos contratos em geral*, 4.^a edição, reformulada e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES e LIMA, PIRES DE, *Código civil anotado*, volume I, 4.^a edição revista e atualizada, com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, volume I, 10.^a edição, revista e atualizada, Almedina, 2005;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Teoria geral do direito civil*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra 2010;

VICENTE, DÁRIO MOURA, «Culpa na formação dos contratos», *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2001;

Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-07-1991, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 409, outubro de 1991;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2002, Proc. 01A3869, disponível em www.dgsi.pt/jstj.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-01-2004, Proc. 03B4187, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-11-2004, Proc. 04A3348, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-11-2004, Proc. 04B2992, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-10-2005, Proc. 05A3054, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-12-2005 Proc. 05B2354, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-01-2007, Proc. 06B42223, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-03-2007, Proc. 07A402, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-09-2007, Proc. 07A2402, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-04-2009, Proc. 09A0457, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1-7-2010, Proc. 398/1999.E1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-12-2010, Proc. 44/07.1TBGDL.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-03-2012, Proc. 1903/06.4TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-12-2012, Proc. 1610/07.0TMSNT.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-07-2013 Proc. 5523/05.2TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-2015, Proc. 8969/09.3TBCSC.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-11-2018, Proc. 1156/12.5TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-12-2018, Proc. 3407/15.5T8BRG.G1.S2, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-04-2019 Proc. 2758/15.3T8BCL.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-09-2019, Proc. 462/15.1T8VFR.P1.S2, disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-09-2019, Proc. 2604/15.8T8LRA.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt/jstj.