

Sobre a natureza da responsabilidade pré-contratual

On the nature of precontractual liability

António Graça Moura

Assistente Convidado da Faculdade de Economia da Universidade do Porto

Rua Dr. Roberto Frias, 464, 4200-464 Porto, Portugal

antoniorsgm@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-5390-9264>

Setembro de 2022

RESUMO: O dinamismo do tráfego jurídico-económico dita a necessidade constante de contratação entre pessoas, sejam singulares ou colectivas, no exercício das suas capacidades negociais. No complexo processo tendente à tal contratação releva, em particular, o instituto da responsabilidade pré-contratual. Os contornos práticos deste instituto — que, no Código Civil português, surge laconicamente previsto num artigo com dois números — são discutidos na doutrina e na jurisprudência há várias décadas. Confrontam-se doutrinas que aproximam mais este instituto do regime da responsabilidade contratual com outras que o associam com o regime da responsabilidade extracontratual e, numa posição intermédia, existem doutrinas que o encaram como um *tertium genus* entre as anteriores. O objectivo deste texto é explorar o enquadramento e o significado deste instituto, além da sua raiz histórica e científica, para compreender melhor o seu regime e as diferentes posições acolhidas pela doutrina, em particular no que toca a específicas questões consideradas relevantes, como a aplicação, ou não, da presunção de culpa associada à responsabilidade obrigacional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade pré-contratual; *culpa in contrahendo*; obrigações; Jhering; ruptura injustificada de negociações; invalidade contratual.

ABSTRACT: The dynamism of juridical and economic traffic dictates the constant need of contracting between persons, be they natural or legal, in the exercise of their capacity to negotiate. The complex process leading to said contracting highlights, in particular, the institute of precontractual liability. The practical outlines of this institute — which, in the Portuguese Civil Code, appears laconically in an article with two numbers — have been discussed in doctrine and jurisprudence for several decades. Doctrines which link this institute to the regime of contractual liability confront with others which associate it with the regime of extracontractual liability and, in an intermediate position, there are doctrines which perceive it as a *tertium genus* between the formers. The objective of this text is to explore the framework and the meaning of this institute, apart from its historical and scientific root, to better understand its regime and the various positions held by doctrine, in particular regarding specific questions considered relevant, as the application, or not, of the presumption of guilt associated to obligatory liability.

KEY WORDS: Precontractual liability; *culpa in contrahendo*; obligations; Jhering; unjustified breach of negotiations; contractual invalidity.

SUMÁRIO*:

1. Introdução
 2. Da relação obrigacional complexa à “relação obrigacional sem dever primário de prestação”
 3. O princípio da boa-fé e a densificação dos deveres acessórios de conduta
 4. Origem histórica
 - 4.1. Os antecedentes da *culpa in contrahendo*. Em particular, o estudo de Rudolf Von Jhering
 - 4.2. A *culpa in contrahendo*, antes do Código Civil de 1966
 5. Colocação do problema. Diferenças de regime e Direito comparado
 - 5.1. Diferenças de regime
 - 5.2. Breve incursão jurisprudencial
 - 5.3. Direito comparado
 6. Doutrina portuguesa
 7. Alguns argumentos aduzidos
 8. Conclusão
- Bibliografia

* Este texto foi feito a jusante do interesse que despertou, além da divisão doutrinal que o tema envolve, a divergência de soluções tomadas pelos tribunais portugueses em anos recentes relativamente à aplicação da presunção de culpa da responsabilidade obrigacional — do art.º 799.º - à *culpa in contrahendo*, cujo regime surge laconicamente em dois números, no actual Código Civil. Em concreto, partimos da factualidade simples do Acórdão do TRP de 15.05.2006 (Abílio Costa), onde, a propósito de uma ruptura injustificada de negociações e na falta da celebração de um contrato-promessa, a falta de prova levou à necessidade de se recorrer ao expediente da presunção de culpa do art.º 799.º Esta solução foi expressamente admitida pelo Acórdão do STJ de 24.6.2014 (Ana Paula Boularot), mas relativamente posta em causa pelo mesmo tribunal, no Acórdão do STJ de 21.9.2021 (Silva Salazar).

1. Introdução

É da nossa convicção que é vital que o Direito persiga a realidade (tecnológica, social, comercial...) do Homem — que é diferente de afirmar que o Direito deve seguir a própria acção do Homem.

Estamos-nos a referir às “exigências de normatização”¹ do Mundo de todos os dias, atendendo ao dinamismo da realidade social, “fortemente influenciada por concepções religiosas e morais, mas também pelos avanços da técnica e da ciência e pela evolução do mercado e da economia”².

Por isso mesmo, o art. 227.º do Código Civil³, relativo a deveres decorrentes da boa-fé, independentes do vínculo obrigacional propriamente dito, desperta grande interesse. É um regime dúctil e com grande âmbito de aplicação e relevo para o tráfego jurídico, nomeadamente em casos de ruptura injustificada de negociações, conclusão de contratos inválidos ou ineficazes ou, ainda, conclusão de contratos válidos, cuja execução gere prejuízos para as partes e com origem se situe em comportamentos pré-contratuais das partes⁴.

Precisamente pela importância de um instituto tão central é que estas páginas foram escritas, especialmente atendendo ao facto de que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a duvidar, não apenas de um apontamento na sua aplicação, mas da generalidade do seu regime, em bloco (ou não). Na prática, não é consentânea, por exemplo, a aplicação generalizada da presunção de culpa do artigo 799.º aos casos de *culpa in contrahendo*.

Por isso, vamos agora fazer uma aproximação ao tema da natureza da responsabilidade pré-contratual, em particular à presunção de culpa.

2. Da relação obrigacional complexa à “relação obrigacional sem dever primário de prestação”

Para compreendermos devidamente o universo particular dos especiais deveres de conduta do art. 227.º, temos de os situar sistematicamente no cosmos da dogmática civilística, nomeadamente a partir do conceito de *relação obrigacional complexa ou múltipla*⁵ ou *relação obrigacional em sentido amplo*⁶ — que, recorde-se, é apenas um ponto de partida.

¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual - breves anotações sobre a natureza e o regime”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 96, Ad Honorem — 4, Coimbra, Coimbra Editora, p. 745.

² MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 13.

³ Doravante, salvo indicação em contrário, qualquer artigo se refere ao Código Civil.

⁴ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual Por Violação Dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 30 e 31.

⁵ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, 10ª edição, Almedina, 2015, p. 64.

⁶ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Dos contratos de cessão financeira (factoring)”; *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, n.º 43, 1999, p. 196.

A relação obrigacional complexa foi um conceito particularmente estudado, especialmente pela doutrina alemã⁷. Em Portugal, não despidendo o trabalho anterior sobre o tema, realça-se a maior divulgação do tema através da *Cessão da Posição Contratual*, dissertação de Carlos Alberto da Mota Pinto⁸, que aborda o tema de forma pedagógica e sistemática⁹.

A saber, temos de distinguir:

- a) *Deveres principais de prestação*
- b) *Deveres secundários de prestação*
 - a. *Deveres secundários com prestação autónoma*
 - b. *Deveres secundários, acessórios da prestação principal*
- c) *Deveres acessórios de conduta*¹⁰

a) Os deveres principais de prestação

Em primeiro lugar, temos os *deveres principais de prestação* (*Hauptleistungspflichten*¹¹). São os “créditos e débitos e respectivos deveres de prestação”, correspondendo ao “elemento principal da relação contratual”¹². Com efeito, o Código Civil funda o conceito de relação obrigacional “a partir dos direitos principais, a que correspondem os deveres principais”¹³.

No art. 397.º, a lei define, precisamente, o conceito de obrigação como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.” Este direito isolado corresponde à *relação obrigacional simples*¹⁴, por contraposição a relação obrigacional complexa.

Estes deveres principais de prestação são o que conforma, com mais relevo, a relação contratual, determinando o seu tipo¹⁵. Em regra, dá-se a extinção da relação contratual, “pois o fim contratual, embora autónomo em relação ao estrito fim da prestação, é, no comum dos casos, realizado com a verificação deste”¹⁶.

b) Os deveres secundários de prestação

⁷ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020, p. 153.

⁸ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., pp. 153 e 154.

⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 335 ss.

¹⁰ *Brevitatis causa*, quanto à terceira categoria, relativa a “deveres acessórios de conduta”, recorreremos à terminologia utilizada por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações ...*, op. cit., pp. 123 ss; e por JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 157 ss. A confusão terminológica não acrescenta muito para efeitos destas páginas, mas será revista *infra en passant*.

¹¹ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 158.

¹² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 336.

¹³ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 157.

¹⁴ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 154.

¹⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 336.

¹⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 336.

Em segundo lugar, podem existir *deveres secundários*¹⁷ de prestação que, seguindo Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁸, se dividem em *a. Deveres secundários com prestação autónoma* e *b. Deveres secundários, acessórios da prestação principal*¹⁹.

Em termos simples, os deveres secundários *com prestação autónoma*, a que a doutrina alemã chama deveres de prestação secundários (*sekundäre Leistungspflichten*)²⁰, correspondem a “prestações sucedâneas do dever primário de prestação”²¹ (*i.e.*, deveres relativos a prestações substitutivas²²) ou, em alternativa, a “prestações coexistentes com a prestação principal, *sem a substituírem*”²³.

Já os deveres secundários, *acessórios da prestação principal*, não possuem autonomia perante a dita prestação principal, sendo exclusivamente dirigidos à realização do interesse no crédito²⁴.

c) Os deveres acessórios de conduta

Finalmente, e em terceiro lugar, deixamos o âmbito dos deveres de prestação (*Leistungspflichten*) e alcançamos o plano dos “deveres laterais” (*Nebenpflichten*)²⁵ — ou melhor, dos *deveres acessórios de conduta*.

Uma ressalva semântica inicial²⁶: *i)* Heinrich Stoll designa-os “deveres de protecção” (*Schutzpflichten*), o que os confunde com uma modalidade particular de dever acessório de conduta; *ii)* Karl Larenz apelida-os “outros deveres de conduta” (*weitere Verhaltenspflichten*) ou deveres de diligência; e *iii)* Josef Esser baptiza-os “deveres laterais” (*Nebenpflichten*), o que os confunde com os *Nebenleistungspflichten* (“deveres laterais de prestação”) de Larenz, que correspondem aos “nossos” deveres secundários, acessórios da prestação principal²⁷.

Sem entrar nesta Babel, ficamos pela designação *deveres acessórios de conduta*, por dar menos azo a confusões linguísticas face à dogmática alemã.

Ponto é o seguinte: estamos perante deveres que não estão orientados para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação, mas que têm uma “função auxiliar”²⁸ da

¹⁷ Ou *acidentais*: JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações ...*, op. cit., p. 122..

¹⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 337.

¹⁹ Terminologia aceite por ANTUNES VARELA e por RUI DE ALARCÃO, segundo JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020, p. 160.

²⁰ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 159.

²¹ É o caso da indemnização substitutiva da prestação principal. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 159.

²² LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Dos contratos de cessão financeira...”, op. cit., pp. 196 e 197.

²³ É o caso da indemnização por mora ou incumprimento defeituoso da prestação principal. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 337.

²⁴ JORGE RIBEIRO DE FARIA aponta o exemplo do comprador de um cão, cujo interesse não ficará satisfeito enquanto a entrega do animal não for feita com os documentos que atestem a sua raça e as suas qualidades. Vide JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 158.

²⁵ RICARDO GASPAR DIAS, *Deveres De Protecção E A Fronteira Entre Responsabilidade Civil Contratual E Extracontratual: Um Problema (Também) De Direito Internacional Privado?*, 2012, p. 7.

²⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 338.

²⁷ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., pp. 158 e 159.

²⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 339.

“efectivação do fim contratual”²⁹, além de protecção conferida às pessoas ou bens dos contraentes face a “riscos de danos concomitantes”³⁰.

Ou seja, diferentemente dos deveres de prestação, estes deveres acessórios “não tendem a realizar a prestação principal, mas” visam proteger outros interesses da contraparte “coenvolvidos no interesse contratual”³¹. A sua violação não importa um incumprimento ou uma mora no cumprimento³², e tem consequências indemnizatórias³³, sendo, em princípio, judicialmente inexigíveis³⁴.

Salienta-se, neste contexto, a sua matriz: o *princípio da boa-fé*³⁵. Os deveres acessórios de conduta estão genericamente consagrados através do princípio geral do art. 762.º, n.º2³⁶, pelo qual “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.

Estes deveres podem existir no âmbito de qualquer relação contratual, não obstante a sua maior frequência nas relações duradouras³⁷. O seu aparecimento e conteúdo interno depende de vários factores variáveis³⁸, sendo por natureza independentes de qualquer enumeração taxativa³⁹.

E, para rematar, o ponto mais central para efeitos destas páginas é o da possibilidade de existência de *relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação*⁴⁰. Neste sentido, fica patente que estes deveres nem estão ligados “especificamente sequer ao universo dos contratos”⁴¹, *i.e. i) são independentes do dever de prestação*, podendo existir sem este⁴², *e ii) podem estender-se a terceiros estranhos ao contrato*⁴³.

Não temos pretensões de esgotar aqui o tema da relação obrigacional complexa, tampouco dos deveres acessórios de conduta, nomeadamente decorrentes da boa-fé, dos quais o art.

²⁹ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Dos contratos de cessão financeira...”, op. cit., pp. 196 e 197.

³⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 339.

³¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 342.

³² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 342. Esta violação apenas implica uma violação contratual positiva.

³³ E, possivelmente, poderão dar lugar à resolução do contrato por incumprimento defeituoso. Neste sentido, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Dos contratos de cessão financeira...”, op. cit., p. 197.

³⁴ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 161. O autor fundamenta este traço na nota de rodapé 323, em contraposição aos deveres de prestação.

No mesmo sentido, MOTA PINTO, estabelecendo que “os deveres laterais não têm por objecto uma prestação determinada antecipadamente, com clareza, pelo que não é possível, salvo algum caso raro, obter coercivamente o seu cumprimento específico”, in *Cessão ...*, cit., p. 349.

³⁵ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 162.

³⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações ...*, op. cit., p. 125.

³⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 346; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações ...*, op. cit., p. 126; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020, p. 162.

³⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 346.

³⁹ MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 40.

⁴⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 349.

Quanto a este ponto, pela relevância da sua doutrina, no panorama nacional, a propósito deste conceito, JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 514 e ss.

⁴¹ MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e ...*, op. cit., 1994, p. 101.

⁴² Por isso se fala em deveres pré- e pós-contratuais. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 164.

⁴³ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., p. 164.

Cfr., entre outros e quanto a este ponto, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 98 ss. Ainda quanto aos contratos com eficácia de protecção para terceiros no âmbito da relação obrigacional sem deveres primários de prestação, JORGE SINDE MONTEIRO, *Conselhos Recomendações...*, pp. 518 ss.

227.º é apenas uma modalidade. Posto isto, feito este enquadramento, parece que estamos em condições de avançar para a próxima etapa.

3. O princípio da boa-fé e a densificação dos deveres acessórios de conduta

Cabe-nos agora, em traços breves, fazer um breve enquadramento aos deveres acessórios de conduta decorrentes da boa-fé, do art. 227.º

Diz o art. 227.º, n.º 1:

“Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Este preceito está erigido centrado no conceito indeterminado de “regras da boa-fé”⁴⁴.

A boa-fé, com aplicabilidade transversal a todos os ramos da ordem jurídica⁴⁵, corresponde, nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, a uma “preocupação da ordem jurídica pelos valores *ético-jurídicos* da comunidade, pelas *particularidades* da situação *concreta* a regular por uma *juridicidade social e materialmente fundada*”⁴⁶. Como aponta Rui de Alarcão, este princípio “significa que todos devem guardar ‘fidelidade’ à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas”⁴⁷.

Para efeito do nosso tema, estamos perante a boa-fé *em sentido objectivo*, ou seja, enquanto “princípio norteador da conduta das partes, um padrão objectivo de comportamento”⁴⁸, enquanto *regra de conduta*⁴⁹. Assim sucede não apenas com o art. 227.º/1 (“*Culpa na formação dos contratos*”), mas também com o art. 762.º/2 (relativo ao cumprimento da obrigação e ao exercício do direito correspondente)⁵⁰.

Exige-se, no seu cumprimento, uma colaboração activa no sentido de satisfazer as expectativas alheias, não bastando para o efeito um mero *non facere*⁵¹.

O conteúdo elástico destes deveres impossibilita a sua enumeração taxativa, como vimos. Todavia, entre nós é corrente a repartição sistemática destes deveres, por Menezes Cordeiro,

⁴⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Vol. I, 7.ª edição, Almedina, 2003, p. 208.

⁴⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de situação económica difícil”, in *Revista Direito e Segurança V*, 2013, p. 487.

⁴⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 124.

⁴⁷ RUI DE ALARCÃO, *apud* acórdão do STJ de 24.03.2015 (Gabriel Catarino), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023). Quanto a este ponto, *vide* RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, com a colaboração de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, JORGE SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, Coimbra, 1994 (policopiado).

⁴⁸ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade...*, op. cit., p. 39.

⁴⁹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade...*, op. cit., p. 39.

⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 527.

⁵¹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual Por Violação Dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 39 e 40.

“de acordo com o papel desempenhado pela eficácia jurídica das negociações preliminares”, em a) *deveres de protecção*, b) *deveres de informação*⁵² e c) *deveres de lealdade*⁵³.

a) Quanto aos deveres de protecção

Trata-se de uma tutela à integridade física e patrimonial das partes que, nos preliminares do contrato, se colocam em situação de vulnerabilidade⁵⁴. Tendencialmente, na doutrina portuguesa, é considerado que a autonomização de um ilícito pré-contratual decorrente da violação de um dever de protecção é dispensável⁵⁵. Na doutrina alemã, esta solução surgiu, a propósito de casos como o *Linoleumfall*⁵⁶ e o *Bananenfall*⁵⁷, para colmatar os limites do sistema germânico de responsabilidade delitual. Não se verifica tal insuficiência no nosso ordenamento⁵⁸.

b) Quanto aos deveres de informação

Corresponde ao dever dos contraentes de “trocar todos os conhecimentos necessários e úteis para a consciente celebração de um contrato”, podendo estes versar sobre vários elementos distintos⁵⁹, com maior ou menor intensidade⁶⁰.

Em concreto, cabe atender não apenas a este valor do lado do contraente que carece de ser informado, mas também à situação do contraente onerado com este dever. É natural que o processo de negociação corresponda a um “processo de confrontação de interesses em que cada um procura maximizar a satisfação dos que lhe cabem”⁶¹.

Precisamente por isto, o ponto de partida dos deveres de informação é o de um *ónus de auto-informação por parte do credor*, e nunca o de um “dever geral de informação pré-contratual”⁶². A ponderação deste dever de conduta será feita em concreto, sendo o critério conformador desta oneração o da *assimetria cognitiva*⁶³, atendendo ao cariz imprescindível da informação, aos custos para a sua obtenção pelo detentor, à sua mais facilitada (ou não) acessibilidade⁶⁴,

⁵² Substituímos a expressão “*deveres de esclarecimento*” por “*deveres de informação*”, acompanhando ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, op. cit., p. 669. Esta *nuance* não é despidianda. Quanto às diferenças entre o dever de informação e o dever de esclarecimento, vide EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade ...*, op. cit., pp. 69 ss; e MARIANA FONTES DA COSTA, “O dever pré-contratual de informação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto — Volume V*, pp. 374 e 375.

⁵³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 546 ss.

⁵⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado — I. Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 669.

⁵⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 751.

⁵⁶ RG 7-12-1911, de acordo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé-...*, op. cit. pp. 547.

⁵⁷ BGH 26-9-1961, de acordo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé-...*, op. cit. pp. 548.

Para um elenco de avanços jurisprudenciais no que toca a deveres de protecção (além dos citados), ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé-...*, op. cit. pp. 547 a 549.

⁵⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 751.

⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, op. cit., p. 669.

⁶⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., pp. 751 e ss.

⁶¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 751.

⁶² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., pp. 751 e 752.

⁶³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 752.

⁶⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 756.

à qualidade dos sujeitos, à natureza do negócio, etc.⁶⁵, segundo critérios de razoabilidade e de proporcionalidade⁶⁶.

Um caso paradigmático de desequilíbrio de conhecimento é o das *relações de consumo*, que merece evidente tratamento de legislação especial⁶⁷.

c) Quanto aos deveres de lealdade

Tutela a parte de um aproveitamento do cenário pré-contratual por parte do contraente para “tirar vantagens extra”, *i.e.* não podem “adoptar comportamentos que se desviem da procura, ainda que eventual, de um contrato, nem assumir atitudes que induzam em erro ou provoquem danos injustificados”⁶⁸. É, portanto, neste âmbito que encontramos o dever de não-ruptura injustificada de negociações⁶⁹, estando as partes obrigadas a abster-se de criar obstáculos injustificáveis à celebração do contrato, assim como de comportamentos que induzam a parte contrária em erro⁷⁰.

Esta lealdade, por contraposição ao dever de informação, assenta no próprio comportamento das partes, e não no plano informativo⁷¹.

A responsabilidade pré-contratual resulta da infracção de deveres de consideração pela confiança da outra parte, surgidos entre os intervenientes em negociações contratuais. Resultam esses deveres especiais, não decerto de uma manifestação negocial específica, mas do comando da boa-fé, como princípio geral do tráfego aplicável, logo, ao contacto negocial preparatório. No nosso actual direito, um preceito específico (art. 227.º) impõe, durante os preliminares ou a formação do contrato, a adopção de um comportamento segundo as regras de boa-fé.

4. Origem histórica

4.1. Os antecedentes da *culpa in contrahendo*. Em particular, o estudo de Rudolf Von Jhering

Para correctamente compreender a responsabilidade pré-contratual, temos de conhecer a sua génese.

⁶⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 753.

⁶⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 753.

⁶⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., pp. 753 ss.

⁶⁸ MENEZES CORDEIRO *apud* acórdão do STJ de 12.09.2019 (Rosa Ribeiro Coelho), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

⁶⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, op. cit., p. 669.

⁷⁰ MARIANA FONTES DA COSTA, “O dever pré-contratual...”, p. 373.

⁷¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé...*, op. cit. p. 551.

A *culpa in contrahendo* fora pontualmente aplicada na jurisprudência comercial alemã do século XIX⁷², mas o contributo incontornável de Rudolf Von Jhering⁷³ retomou o tema sistematicamente, baptizando o instituto no percurso.

Adoptando a máxima “através do direito romano, mas para além do direito romano” (“*durch das römische Recht aber über das römische Recht hinaus*”)⁷⁴, o autor alemão não partiu propriamente de uma questão dogmática, mas de uma questão prática, nomeadamente associada à falta de protecção do destinatário de uma declaração de vontade⁷⁵.

Os primeiros casos que o autor refere são os seguintes:

“Alguém quer encomendar 100 libras duma mercadoria, mas troca o sinal da libra com o do quilo; os 100 quilos são entregues e são rejeitados pelo comprador. Ou o agente duma casa comercial, que havia de encomendar certa mercadoria por conta do principal, engana-se a escrever o nome dele.”⁷⁶

Segundo a teoria da vontade, por oposição à teoria da declaração⁷⁷, o contrato seria nulo; contudo, ficava a questão: sobre quem iriam recair as despesas de embalagem e do envio?

Segundo o autor, a resposta pareceria ser negativa, porque o contrato ainda não se teria formado⁷⁸. Fora desse âmbito, sobraria a responsabilidade aquiliana (*actio legis Aquiliae*) e a *actio* de dolo (*actio doli*), o que levantava outro problema: estar-se-ia fora da lesão específica, “visível, material, de objectos exteriores”, da *legis Aquiliae*, e descontava o dolo da *actio doli*.

A questão estava colocada. Todavia, e em traços amplos, através da análise do conteúdo imediato do material das fontes romanas pré-existent⁷⁹, fundou a *culpa in contrahendo* na culpa contratual, estabelecendo que quem contrata, sai “do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in faciendo* para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar”⁸⁰: assim brota uma primeira dogmática da “culpa na formação dos contratos”.

É evidente que a doutrina de Jhering foi objecto de críticas, nomeadamente pela ausência de fontes. Todavia, partindo do resultado para a argumentação⁸¹ — de trás para a frente —, a

⁷² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, op. cit., p. 664.

⁷³ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2008.

⁷⁴ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 13.

⁷⁵ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 10.

⁷⁶ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., pp. 25 e 26.

⁷⁷ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 12.

⁷⁸ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 26.

⁷⁹ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., pp. 31 ss. A sua interpretação das fontes não deixou de ser criticada pela doutrina contemporânea. Cfr. nota de rodapé 32.

⁸⁰ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 15.

⁸¹ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 19.

sua “descoberta jurídica”⁸² foi alvo de uma paulatina e implacável recepção, quase universal⁸³, além de uma progressiva extensão do seu âmbito⁸⁴.

4.2. A culpa in contrahendo, antes do Código Civil de 1966

A culpa in contrahendo desaguou em erupções doutrinárias tanto ao nível internacional⁸⁵, quanto nacional. A primeira reacção portuguesa surge nas *Instituições* de Guilherme Moreira, em 1911, com contornos muito diferentes dos actuais⁸⁶: se estavam abrangidos os casos de invalidade do contrato negociado, já não seria o mesmo relativamente aos casos de ruptura injustificada de negociações⁸⁷.

A sua sedimentação desembocou num estudo de Adriano Vaz Serra⁸⁸, que oferece alguns contributos úteis à compreensão do instituto. Por exemplo, o autor é categórico ao afirmar a violação dos deveres aqui consagrados como uma responsabilidade *ex lege* e não *ex contractu*⁸⁹. Contudo, diferentemente do que temos hoje, Vaz Serra consagrava três artigos sobre a matéria da “culpa na formação do contrato” (no total, 10 disposições)⁹⁰.

Posteriormente, na 1.ª Revisão Ministerial, o articulado foi reduzido a um único artigo (art. 775.º), inserido no Livro relativo ao Direito das Obrigações, emigrando posteriormente, na 2.ª Revisão Ministerial, para a Parte Geral (enquanto art. 227.º), conservando o essencial do teor, acrescido de um n.º2, com a redacção actual⁹¹.

5. Colocação do problema. Diferenças de regime e Direito comparado

Haveria vários pontos de grande interesse a salientar no que toca ao tema da responsabilidade pré-contratual⁹². Todavia, vamos passar a focar no estritamente essencial: a *natureza da responsabilidade pré-contratual* (e, evidentemente, as correspondentes consequências de regime).

⁸² RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 21.

⁸³ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in Contrahendo...*, op. cit., p. 20.

⁸⁴ Partindo dos casos específicos da responsabilidade pré-contratual por celebração de contrato inválido, encontra hoje um leque muito mais amplo de âmbitos de aplicação. Entre outros, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, op. cit., p. 664, e MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., pp. 34 ss.

⁸⁵ Vide GABRIELE FAGELLA, em Itália, e RAYMOND SALEILLES, em França, *apud* MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., pp. 34 ss.

⁸⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, 4ª edição*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 251.

⁸⁷ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., p. 36.

⁸⁸ ADRIANO VAZ SERRA, “Culpa do devedor ou do agente”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, Lisboa, 1957, pp. 13 ss.

⁸⁹ ADRIANO VAZ SERRA, “Culpa do devedor ...”, op. cit., p. 124.

⁹⁰ ADRIANO VAZ SERRA, “Culpa do devedor ...”, op. cit., pp. 145 ss.

⁹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 259.

⁹² É o caso da relação entre a responsabilidade pré-contratual e a tutela da confiança. Vide MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, pp. 452 ss., no sentido da independência da responsabilidade pela confiança face à violação dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé.

Como veremos *infra* com mais detalhe, a jurisprudência e a doutrina estão longe de chegar a um consenso relativamente a uma solução a acolher. Em abstracto, podemos encontrar três blocos de respostas ao problema:

- a) *Teses contratualistas*
- b) *Teses extracontratualistas*
- c) *Teses intermédias, ligadas à chamada "terceira via".*

Podemos intuir facilmente, portanto, que a *culpa in contrahendo* poderá aplicar (a) ora o regime da responsabilidade contratual em bloco, (b) ora o regime da responsabilidade extracontratual em bloco, (c) ora nenhum dos dois, constituindo um intermédio entre o binómio tradicional da responsabilidade civil.

5.1. Diferenças de regime

Isto tem evidentes consequências ao nível do regime aplicado⁹³. Desde logo, há duas questões que primam pela sua particular relevância: *i*) o regime do ónus de prova da culpa e *ii*) o regime da prescrição da obrigação de indemnizar. Todavia, poderíamos ainda abordar outros contrastes, como o regime da conjunção ou da solidariedade das obrigações, os regimes de incapacidades, o regime do tribunal territorialmente competente, o regime aplicável em sede de normas conflituais perante situações plurilocalizadas internacionais, entre outros.

O regime da prescrição é o único traço de regime que surge categoricamente resolvido pelas mãos do lacónico legislador, aplicando-se a regra extracontratual do art. 498.º (*ex vi* art. 227.º, n.º 2), que fixa o seu prazo em três anos. Diferentemente, a responsabilidade contratual aplica o prazo ordinário, de 20 anos (art. 309.º).

Diferentemente no que tange à prova da culpa. No que toca à responsabilidade contratual, há uma presunção de culpa do devedor prevista no art. 799.º, n.º 1. Nada sendo expressamente estabelecido quanto à responsabilidade pré-contratual, parece que estaremos, *prima facie*, perante uma tarefa do intérprete.

5.2. Breve incursão jurisprudencial

A jurisprudência nacional divide-se em vários sentidos⁹⁴. Aliás, ainda não se conseguiu obter consenso relativamente à (existência de uma) doutrina maioritária. Por exemplo, no sentido

⁹³ Relativamente às diferenças entre as responsabilidades contratual e extracontratual, ANA PRATA, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, 2002, pp. 197 ss.

⁹⁴ Vários pontos, além da natureza da *culpa in contrahendo*, são regularmente sujeitos a discussão nos tribunais e na doutrina. Por exemplo, *vide* acórdão do STJ de 25.10.2012 (Bettencourt de Faria), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023), que refere a divergência doutrinal (e jurisprudencial) em torno do dano indemnizável (*i.e.*, pelo interesse contratual negativo ou pelo interesse contratual positivo).

do predomínio da “terceira via”, o acórdão do STJ de 27-Set.-2012⁹⁵. Em sentido contrário, Menezes Cordeiro que, afirmando a unanimidade da tese contratualista até há pouco tempo⁹⁶, alerta para o facto de o acórdão em questão remeter para outras decisões que nem chegam a referir a doutrina⁹⁷. De todo o modo, parece-nos, pela análise da jurisprudência, que a doutrina maioritária poderá tanto ser a que adere à tese contratual como a que adere à tese mista (e já não a tese extracontratual).

Posto isto, e para deixar claro como funciona, em termos práticos, o regime da *culpa in contrahendo*, não é despicienda a referência directa à própria jurisprudência, que passamos a analisar, brevemente.

Em primeiro lugar, cabe apontar que a tese estritamente extracontratual é, sem margem de dúvida, a que menos suscita adesão. Ainda assim, surge por vezes, como no acórdão do STJ de 8-Abr.-2008⁹⁸, que curiosamente (e duvidosamente) aponta que corresponde à doutrina dominante, “fundamentalmente” por “razões de ordem histórica, sistemática e de evolução do próprio instituto”.

O mesmo tribunal, no seu acórdão de 13-Mar.-2007⁹⁹, aderira já à posição extracontratual, por entender “que é a função precípua da construção jurídica a explicação teórica das soluções práticas mais razoáveis”; o que justifica, também, com a ausência de “qualquer cláusula contratual”. Parece-nos que incorre, neste último acórdão, em alguns erros. Desde logo porque pretende chegar às “soluções práticas mais razoáveis” tendo a explicação teórica como ponto de partida¹⁰⁰.

O que não invalida a virtude do regime extracontratual: mais recentemente, o acórdão do STJ de 6-Dez.-2018¹⁰¹ — citando Almeida Costa, a face da tese da natureza extracontratual — aplicou, perante um caso de ruptura injustificada das negociações, soluções aquilianas. Em concreto, o artigo 497.º relativo a responsabilidade solidária (“*também se afigura justo*”); e o artigo 494.º, relativo à limitação da indemnização em caso de mera culpa (“*de novo se pondera a certa contemplação que merece o autor da ruptura, em virtude da restrição que suporta na sua liberdade de contratar*”).

Diferentemente, por exemplo, no acórdão do TRL de 31-Mar.-2011¹⁰², onde se refere a divergência doutrinária tripartida, concluindo-se pela responsabilidade contratual, com a

⁹⁵ Acórdão do STJ de 27.09.2012 (Bettencourt de Faria), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 23-01-2023).

⁹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 278. Igualmente no sentido de ser a tese maioritária, LUÍS M. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 315 ss.

⁹⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 282.

⁹⁸ Acórdão do STJ de 08.04.2008 (Isaiás Pádua), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

⁹⁹ Acórdão do STJ de 13.03.2007 (Sebastião Póvoas), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹⁰⁰ Tanto mais curioso na medida em que, entre os seguidores da tese da natureza extracontratual, cita CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, que *i)* não apenas, na respectiva tese de doutoramento, perfilhou o entendimento simetricamente oposto, como *ii)* num artigo mais, após assumir inicialmente uma perspectiva extracontratual por motivos puramente lógicos, criticou a posição por não chegar a resultados práticos: *vide* “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, in *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata do Volume XIV, Coimbra, 1996.

¹⁰¹ Acórdão do STJ de 06.12.2018 (Ilídio Sacarrão Martins), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹⁰² Acórdão do TRL de 31.03.2011 (Ondina Carmo Alves), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

correspondente aplicação do artigo 74.º CPC¹⁰³. Ainda assim, a decisão peca pelo único argumento de a responsabilidade pré-contratual estar “estruturalmente mais próxima” desta. O mesmo tribunal, no acórdão de 20-Dez.-2017¹⁰⁴, assume a mesma posição, agora porque os deveres em causa correspondem a “deveres de actuação de boa-fé”, entendimento acompanhado pelo acórdão do TRG de 19-Out.-2017¹⁰⁵ e já antes pelo acórdão do STJ de 16-Dez.-2010¹⁰⁶. Mais recentemente, no sentido de que esta é a doutrina dominante, veja-se, por exemplo, o acórdão do STJ de 10-Out.-2019¹⁰⁷.

Contudo, a posição intermédia já foi objecto de adesão, por exemplo, no acórdão do STJ de 25-Out.-2012¹⁰⁸, onde diz, de forma simples, que “não se trata de responsabilidade derivada do contrato, mas, indubitavelmente, por causa do contrato”. Identicamente, no acórdão de 16-Dez.-2010¹⁰⁹, o mesmo tribunal refere “obrigações resultantes das próprias negociações e [...] já de natureza negocial e não simplesmente derivadas de um dever de conduta genérico”, com a correspondente aplicação “por interpretação extensiva” do artigo 799.º

Entre vários acórdãos do STJ que aderem a esta tese salientamos o de 9-Fev.-2021¹¹⁰. No fundo, faz aquilo a que outros acórdãos se propõem: refere as soluções que se parecem adequar melhor a este tipo de responsabilidade. Convoca, por um lado, a presunção de culpa do artigo 799.º e a responsabilidade por actos de auxiliares do art.º 800.º¹¹¹; por outro lado, além do regime da prescrição extracontratual, a possibilidade de redução da indemnização em caso de mera culpa (artigo 494.º) e o regime da solidariedade (artigo 497.º).

5.3. Direito comparado

Em ordenamentos próximos do nosso também encontramos várias respostas em sentido contrário.

¹⁰³ Parece-nos uma boa solução. Num ponto paralelo, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial não parece oferecer uma resposta ao problema dos tribunais competentes quanto a esta matéria.

Ainda assim, não deixa de ser interessante que o Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho (“Roma II”), relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, inclua a *culpa in contrahendo* no seu âmbito (ainda que enquanto “conceito autónomo”: Considerando 29) e, no artigo 12.º, n.º1, lhe aplique “a lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado”. Parece que, no plano comunitário, a questão se pode resolver assim (mas já não no plano interno, em virtude do tal “conceito autónomo”).

¹⁰⁴ Acórdão do TRL de 20.12.2017 (Cristina Coelho), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023). Não deixa de ser curiosa a nota de que o objectivo desta qualificação, no presente acórdão, esteja ligado à presunção de culpa do artigo 799.º

¹⁰⁵ Acórdão do TRG de 19.10.2017 (Sandra Melo), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹⁰⁶ Acórdão do STJ de 16.12.2010 (Fonseca Ramos), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹⁰⁷ Acórdão do STJ de 10.09.2019 (Ricardo Costa), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹⁰⁸ Acórdão do STJ de 25.10.2012 (Bettencourt de faria), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023). Note-se, contudo, na implícita equivalência entre contrato e obrigação, que parece simplificar demasiado.

¹⁰⁹ Acórdão do STJ de 16.12.2010 (Silva Salazar), disponível em www.dgsi.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹¹⁰ Acórdão do STJ de 09.02.2021 (Fernando Samões), disponível em www.jurisprudencia.pt (data de pesquisa: 30.01.2023).

¹¹¹ Menos exigente que o artigo 500.º Quanto a este ponto, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, in *Direito e Justiça*, Vol. XII, Tomo I, 1998.

Na Alemanha, a própria figura da *culpa in contrahendo* apenas foi expressamente consagrada pelo legislador em 2001, com a Lei de Modernização do Direito das Obrigações, que introduziu esta figura no ordenamento jurídico germânico através do § 311 no BGB¹¹². Todavia, a lei limitou-se a aquiescer perante a orientação maioritária entre a doutrina e a jurisprudência: a da natureza *obligacional* da responsabilidade pré-contratual, a que não é indiferente a insuficiência da tutela aquiliana na Alemanha (como vimos *supra*)¹¹³.

Diferentemente em Itália, onde, não obstante a aparente divisão doutrinária, a tese extracontratual tem vindo a singrar nos tribunais¹¹⁴. Em sentido inverso na Suíça, onde a responsabilidade obrigacional tem vencido nas decisões do Tribunal Federal, mas a doutrina maioritária tem vindo a defender a tese extracontratual¹¹⁵.

A doutrina aquiliana tem vindo também a assumir predomínio em França¹¹⁶, em Espanha¹¹⁷ e no Brasil¹¹⁸.

6. Doutrina portuguesa

Analizada, *en passant*, a situação de outros ordenamentos próximos, podemos passar à posição da doutrina nacional onde, como veremos, há amplas divergências doutrinárias.

Como se verificou *supra*, não se conseguiu ainda obter um consenso relativamente à doutrina maioritária. Facilmente se entenderá, também, que não vale aqui um argumento de autoridade em favor de *uma* posição; porque a melhor doutrina, quanto a esta questão, tem vindo a disparar em diferentes sentidos.

¹¹² Sobre o tema da responsabilidade pré-contratual na reforma do BGB de 2001, cfr. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, "Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual: o § 311", in *AA.VV., Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 869 a 889.

¹¹³ ANA PRATA, *Notas ...*, op. cit., p. 204; PEDRO PIMENTA MENDES, "Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual", in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, p. 879; UELI SOMMER, "Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts", in *Aktuelle Juristische Praxis — Pratique Juridique Actuelle*, n.º 9, 2006, pp. 1032 e 1033.

¹¹⁴ ANA PRATA, *Notas ...*, op. cit., pp. 205 e 206; FABRIZIO PIRAINO, "La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto negoziale", in *Persona e Mercato*, n.º 2, 2017, pp. 104 e ss.

¹¹⁵ ANA PRATA, *Notas ...*, op. cit., pp. 206 e 207.

No sentido de que o Tribunal Federal suíço tendia a desvalorizar a qualificação da responsabilidade pré-contratual, preferindo encontrar soluções adequadas a caso concreto, JORGE SINDE MONTEIRO, *Conselhos Recomendações...*, p. 510

¹¹⁶ ANA PRATA, *Notas ...*, op. cit., p. 206; TOMMASO DEL NINNO, *La nature de la responsabilité précontractuelle entre le droit français et le droit italien*, Université Paris Panthéon-Assas, p. 69.

¹¹⁷ PEDRO PIMENTA MENDES, "Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual", in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, p. 879.

¹¹⁸ PEDRO PIMENTA MENDES, "Natureza Jurídica da ...", op. cit., p. 879.

Entre nós, adoptam a teoria contratualista Menezes Cordeiro¹¹⁹, Antunes Varela¹²⁰, Galvão Telles¹²¹, Vaz Serra¹²², Ribeiro de Faria¹²³, Carlos Alberto da Mota Pinto¹²⁴ e Dário Moura Vicente¹²⁵.

Em oposição, pugnam pela teoria extracontratualista Mário Júlio Almeida Costa¹²⁶, Heinrich Ewald Hörster¹²⁷ e José Alberto González¹²⁸.

Finalmente, são adeptos de teorias intermédias Carneiro da Frada¹²⁹, Sinde Monteiro¹³⁰, Baptista Machado¹³¹, Menezes Leitão¹³², Eva Sónia Moreira da Silva¹³³, Mariana Fontes da Costa¹³⁴ e Carlos Ferreira de Almeida¹³⁵.

Por uma questão de sistematicidade, vamos passar a analisar, sem pretensão de taxatividade, alguns dos argumentos esgrimidos por uns e outros. No final do estudo, estes serão devidamente ponderados, acolhendo-se uma posição relativa ao tema na conclusão.

7. Alguns argumentos aduzidos

a) O primeiro argumento terá de ser, pela sua simplicidade, o da *tradição*. Com efeito, até à afirmação da tese extracontratualista por parte Almeida Costa, foi a posição tradicional da jurisprudência, e unânime da doutrina¹³⁶. Não é descabida a ideia de que a estabilidade das soluções (*rectius*, da sua interpretação) pode ser o mais conforme à certeza jurídica, em muitos casos. Contudo, naturalmente, este “argumento” vale quase exclusivamente enquanto ponto de partida.

¹¹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, pp. 277 ss.

¹²⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações ...*, op. cit., pp. 271 e 272.

¹²¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Culpa na formação do contrato”, *O Direito*, ano 125, n.º III-IV, 1993, pp. 346 e 347.

¹²² ADRIANO VAZ SERRA, “Culpa do devedor ...”, op. cit., pp. 118 ss.

¹²³ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das ...*, op. cit., pp. 164 e 165.

¹²⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., pp. 351 ss.

Curiosamente tomou uma posição intermédia durante a vigência do Código Civil de Seabra, *i.e.*, uma qualificação extracontratual “por razões estritamente lógicas”, que, relativamente ao regime, deveria atender à “solução mais razoável”. Nesse sentido, o seu “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, in *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata do Volume XIV, Coimbra, 1996, pp. 109 e ss.;

¹²⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 316.

¹²⁶ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Responsabilidade Civil pela Ruptura de Negociações Preparatórias de um Contrato”, in *Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 1984.

¹²⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 530.

¹²⁸ JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Quid Juris, Lisboa, 2011, p. 279.

¹²⁹ Entre outros, cfr. MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” ...*, op. cit., p. 95.

¹³⁰ JORGE SINDE MONTEIRO, *Conselhos Recomendações...*, p. 508-4510; e “Culpa in Contrahendo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 42, 2003, pp. 13 e 14.

¹³¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e “venire contra factum proprium” (1985), em *Obra dispersa*, 1 (1991), pp. 371 ss.; e “A cláusula do razoável” (1986), *idem*, pp. 457 a 621.

¹³² LUÍS M. MENEZES LEITÃO, *Direito das ...*, op. cit., pp. 318 ss.

¹³³ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade...*, op. cit., pp. 60 ss.

¹³⁴ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., pp. 63 ss.

¹³⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos...*, op. cit., pp. 226 e 227.

¹³⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 278.

b) Em segundo lugar, o *elemento histórico*. Ponto interessante é que este argumento se utiliza para defender ambas as posições contratualista e extracontratualista. Hörster aponta precisamente “a origem histórica e a evolução do instituto” como um dos argumentos a favor da posição extracontratualista¹³⁷.

Contudo, esta posição não nos parece coerente. Seria mais facilmente defensável uma posição segundo a qual o elemento histórico pugnaria a favor da natureza contratual da *culpa in contrahendo*, uma vez que é dos princípios relativos à responsabilidade contratual de que Jhering parte, como vimos *supra*. Além disso, a própria génese da *culpa in contrahendo* enquanto instituto radica, historicamente, na incapacidade da *actio legis Aquiliae* para solver as situações em questão.

Todavia, esta também não parece a melhor opinião. Com efeito, Jhering partiu precisamente de um resultado, como vimos *supra*, e não de categorias dogmáticas. Não será de estranhar, portanto, a dificuldade do intérprete perante um argumento deste cariz.

c) Em terceiro lugar, o *elemento sistemático*. Segundo Hörster, também depõe a favor da tese extracontratualista as opções sistemáticas da lei¹³⁸. Ainda assim, pode ser que os antecedentes do Código Civil de 1966 justifiquem a localização sistemática do art. 227.º: com efeito, a 2.ª Revisão Ministerial exportou o artigo referente à responsabilidade pré-contratual para a Parte Geral, mas, de acordo com a 1.ª Revisão Ministerial, ele estava inserido numa secção sobre o não-cumprimento das obrigações (Livro II)¹³⁹.

d) Em quarto lugar, os *argumentos ligados à caracterização (ou não) destes deveres como obrigação em sentido técnico*. O art. 397.º define, para este efeito, obrigações em sentido estrito. Carneiro da Frada utiliza este argumento contra a teoria contratual. Do mesmo modo, Eva Sónia Moreira da Silva salienta que este preceito se refere apenas à relação obrigacional simples¹⁴⁰, acompanhada por Mariana Fontes da Costa, que refere o conceito de “relação obrigacional sem dever primário de prestação”¹⁴¹. Para esta última autora, o regime dos arts. 798.º e seguintes foi, em primeira vista, pensado “sob a óptica da relação obrigacional simples”, pelo que não fará sentido a aplicação acrítica do regime da responsabilidade contratual¹⁴². Estes três autores justificavam esta posição para defender a “terceira via”, assim como Baptista Machado que salientou que, “neste estrato normativo intercalar, não existe “relações primárias de prestação””¹⁴³.

Ainda assim, entre os próprios autores que defendem a natureza contratual da *culpa in contrahendo*, esta questão não é líquida, como aponta Nuno Manuel Pinto Oliveira¹⁴⁴: Galvão Telles defende que à responsabilidade pré-contratual corresponde a uma relação obrigacional

¹³⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código ...*, op. cit. p. 530.

¹³⁸ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código ...*, op. cit. p. 530.

¹³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil...*, op. cit., p. 664.

¹⁴⁰ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade...*, op. cit., p. 59.

¹⁴¹ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., p. 67.

¹⁴² MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., p. 67. No âmbito do estudo em questão, referia-se apenas à ruptura injustificada de negociações.

¹⁴³ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável” ..., op. cit., p. 567.

¹⁴⁴ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “*Culpa in contrahendo*. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, 2007, p. 37.

com deveres primários de prestação¹⁴⁵, porque supõe a violação de uma verdadeira obrigação — que é a *obrigação de contratar bem*¹⁴⁶ —; e Carlos Alberto da Mota Pinto situa estes deveres acessórios de conduta no âmbito da tal *relação obrigacional em sentido amplo*, sem deveres primários de prestação¹⁴⁷.

e) Em quinto lugar, seria possível referir a *fonte jurídica* destes deveres — a saber, a lei ou o contrato. Neste âmbito, releva, por exemplo, a tese do contrato tácito (evidentemente ficcionado) no âmbito da formação do contrato, de Heinrich Siber¹⁴⁸, cuja lógica foi expressamente criticada por Vaz Serra¹⁴⁹. Em abstracto, esta teoria teria a virtualidade de aplicar directamente o regime contratual aos preliminares do contrato.

Todavia, como aponta Carlos Alberto da Mota Pinto, a responsabilidade obrigacional também surge perante obrigações não-contratuais (e não apenas perante o não-cumprimento de contratos)¹⁵⁰. Sem prejuízo da celebração de acordos intercalares ou preparatórios¹⁵¹, a violação destes deveres acarreta responsabilidade *ex lege* e não *ex contractu*¹⁵².

Além disso, a distinção entre as responsabilidades obrigacional e extraobrigacional não pode ter a fonte jurídica a que deve o seu surgimento como critério. Como aponta Mariana Fontes da Costa, o critério de aplicação da responsabilidade obrigacional será o do facto indutor da responsabilidade, *i.e.* o incumprimento de uma obrigação em sentido técnico¹⁵³.

f) Em sexto lugar, a *ideia de relatividade (contratual)*. No âmbito destas relações pré-contratuais, é possível identificar os sujeitos passivos susceptíveis de ficarem vinculados à obrigação de indemnização, em caso de incumprimento (motivo que, para Mariana Fontes da Costa, basta para descartar uma pura tese extracontratualista¹⁵⁴). Ana Prata, referindo a doutrina alemã, aponta mesmo que a relação entre dois negociantes que têm em vista a celebração de um contrato “nada tem de semelhante com a relação ocasional” estabelecida entre sujeitos não ligados por anterior relação jurídica, aproximando-se, por isso, de uma relação contratual ou para-contratual¹⁵⁵.

¹⁴⁵ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “*Culpa in contrahendo...*”, op. cit., p. 37.

¹⁴⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “*Culpa na formação do contrato*”, *O Direito*, ano 125, n.º III-IV, 1993, p. 346.

¹⁴⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 349.

¹⁴⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 233.

¹⁴⁹ ADRIANO VAZ SERRA, “*Culpa do devedor ...*”, op. cit., pp. 124 ss.

¹⁵⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão ...*, cit., p. 353.

¹⁵¹ O tema dos acordos pré-contratuais suscita bastante interesse, ainda que não incida directamente sobre o tema do estudo em causa. Quanto ao tema, *vide*, por exemplo, EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, “*Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, 1997, pp. 565-604; FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, “*A Fase Preliminar do Contrato*”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1997*, Vol. III — *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007; MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit.

¹⁵² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “*Responsabilidade Pré-contratual ...*”, op. cit., p. 747.

¹⁵³ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., p. 64.

¹⁵⁴ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., p. 65.

¹⁵⁵ ANA PRATA, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, 2002, p. 211.

Além de ser um argumento esgrimido pelos partidários da natureza contratual¹⁵⁶, a ideia de ligações especiais (*Sonderverbindungen*) é utilizada pelos partidários da via intermédia¹⁵⁷ para defender a autonomização de uma “terceira via”, entre o delito e o contrato¹⁵⁸.

Carneiro da Frada levanta especificamente este ponto, na medida em que o facto de a *culpa in contrahendo* intervir em “contextos particularizados” — *i.e.*, os preliminares e a formação do contrato — “não a compatibiliza bem com o direito delitual”. Com efeito, o regime aquiliano limita-se a estabelecer “deveres de comportamento genéricos”, não obstante a conformação relacional concreta¹⁵⁹.

g) Em sétimo lugar, um *argumento* a contrario. Parece que Mariana Fontes da Costa, ao referir o artigo 227.º, n.º2 e a aplicação do regime prescricional da responsabilidade extracontratual, defende uma interpretação *a contrario* desta disposição¹⁶⁰.

Interessantemente, Almeida Costa defende que este n.º2 pode ser um indício da aplicação em bloco do regime da responsabilidade extracontratual aos casos de *culpa in contrahendo*¹⁶¹, mas não parece uma posição facilmente sustentável.

h) Em oitavo lugar, as *relações contratuais de facto*. Baptista Machado, pugnando pela sua tese intermédia (“*estrato normativo intercalar*”), defende que o que surge como “responsabilização acrescida” da qual decorre um simples “dever de conduta conforme à razoabilidade intersubjectiva” (*rectius*, os deveres acessórios de conduta decorrentes da boa-fé, no nosso contexto) nem por isso deve ser imposto como obrigação. Fundamentalmente, o autor rejeita “puras ficções de consenso ou aceitação”, ligadas à conclusão *ex lege* do contrato, despido então de todo o seu carácter jurídico-negocial¹⁶². Estamos, no fundo, perante a rejeição da doutrina da relação contratual de facto.

Paralelamente, Hörster critica a possibilidade de se aplicar o regime obrigacional, também por entender que tal poderia levar a “uma espécie de relação contratual de facto”¹⁶³.

Não deixa de ser um ponto interessante, não obstante ter de ser articulado com a ideia (que parece certa) segundo a qual não estamos perante obrigações em sentido técnico. Com efeito, não estamos perante *direitos subjectivos* e *deveres de prestar*, mas perante *deveres de conduta decorrentes da boa-fé*.

i) Em nono lugar, a *boa-fé*. Luigi Mengoni aponta que a boa-fé como regra de conduta (*i.e.* objectiva) surgiu e evoluiu no âmbito das relações obrigacionais. Posto isto, aponta que “quando uma norma jurídica sujeita o desenvolvimento de uma relação social ao imperativo de boa-fé”, tal corresponde a um indício seguro de que a relação em questão “se transformou,

¹⁵⁶ FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, “A Fase Preliminar do Contrato”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II (Direito das Obrigações), Coimbra, 2007, p. 326.

¹⁵⁷ É o caso de JORGE SINDE MONTEIRO, *Conselhos Recomendados...*, p. 513.

¹⁵⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-contratual ...”, op. cit., p. 748.

¹⁵⁹ MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA Da, *Uma “Terceira Via” ...*, op. cit., p. 95.

¹⁶⁰ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, op. cit., p. 67.

¹⁶¹ PEDRO PIMENTA MENDES, “Natureza Jurídica da ...”, op. cit., p. 882.

¹⁶² JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável” ..., op. cit., p. 566.

¹⁶³ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código ...*, op. cit. p. 530.

no plano jurídico, em uma relação obrigatória, cujo conteúdo se trata precisamente de especificar segundo a boa-fé¹⁶⁴.

j) Em décimo lugar, os *argumentos teleológicos*. Para defesa da sua posição extracontratualista, Almeida Costa esgrime argumentos deste cariz, a propósito dos casos de responsabilidade pré-contratual pela ruptura ilegítima de negociações. Definiria, portanto, o regime deste instituto de acordo com a bondade da não-aplicação da presunção de culpa do art. 799.º, ou da aplicação do regime prescricional do art. 498.º (que já resultaria do art. 227.º/2), entre outros¹⁶⁵. Ana Prata questiona esta solução: com efeito, parece resultar de uma sobrevalorização (ultrapassada) da autonomia privada, em detrimento da aplicação do princípio da boa-fé¹⁶⁶.

Ainda assim, esta posição é contestável, além de a presunção de culpa, na prática, ser um “modesto contrapeso”, na medida em que o lesado terá de fazer a prova dos restantes requisitos para accionar o art. 227.º¹⁶⁷.

k) Em décimo primeiro lugar, quanto à *admissibilidade ou não de uma “terceira via”*, há muito a dizer. Pelos argumentos anteriormente aduzidos, temos doutrina, como Carneiro da Frada, que defende que a *culpa in contrahendo* se encontra no âmbito desta “terceira via”¹⁶⁸.

Ora, Menezes Cordeiro é altamente crítico desta solução. Com efeito, a montante desta doutrina, encontramos o Direito alemão da responsabilidade e uma série de hipóteses, entre as quais a *culpa in contrahendo*. Foi utilizada como forma de “construir uma relação sem uma fonte voluntária específica” e “sem um delito susceptível de ser reconduzido ao § 823 do BGB”¹⁶⁹.

Na Alemanha, a teoria, segundo Menezes Cordeiro, terá “perdido a sua razão de ser”, devido à Reforma do BGB de 2001, tendo desaparecido inclusive dos comentários mais extensos ao BGB, como o *Staudinger*¹⁷⁰.

Em Portugal, a “terceira via” teria feito sucesso entre alguma doutrina através da doutrina de Canaris e de um artigo de Eduard Picker, “quase desconhecido na terra de origem, mas muito ponderado entre nós”¹⁷¹.

Para Menezes Cordeiro, portanto, a “terceira via” seria alvo de várias críticas, nomeadamente por corresponder a uma “concepção patológica do Mundo e do Direito”, conformando positivamente a actuação das pessoas, e por desconfiar dos seus motivos, nomeadamente como pretexto para enfraquecer o regime obrigacional sem preceito legal nesse sentido, *i.e.* evitar a presunção de culpa¹⁷².

¹⁶⁴ LUIGI MENGONI *apud* ANA PRATA, *Notas ...*, op. cit., p. 211.

¹⁶⁵ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “*Culpa in contrahendo*. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, 2007, p. 36.

¹⁶⁶ ANA PRATA, *Notas ...*, op. cit., p. 212.

¹⁶⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 279.

¹⁶⁸ MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” ...*, op. cit., p. 95.

¹⁶⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 279.

¹⁷⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 279.

¹⁷¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, p. 280.

¹⁷² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, op. cit.*, pp. 281 e 282.

Da nossa parte, não estamos certos da bondade de questionar esta doutrina com base na história legislativa alemã. Não deixando de compreender o alcance das ressalvas de Menezes Cordeiro, também parece que devemos atentar no facto de que esta teoria, nas últimas décadas, tem vindo a fazer o próprio trilha no nosso ordenamento jurídico. Logo, pode não ser um argumento categórico relativamente ao ordenamento jurídico português uma alteração legislativa que se tenha produzido no ordenamento jurídico germânico.

8. Posição adoptada

Finalmente, em jeito de conclusão, quanto à *posição acolhida*. Sinde Monteiro, diferentemente da generalidade dos autores, adoptou um entendimento da *culpa in contrahendo* no âmbito da “terceira via” que estabelece uma *nuance* curiosa. Com efeito, a propósito da ruptura de negociações, assemelhando-se “mais a um delito do que à violação de uma obrigação contratual”, será justo que o ónus da prova recaia sobre o lesado. Diferentemente nos casos de violação de um dever de esclarecimento, em que já será uma responsabilidade por omissão, devendo uma presunção de culpa recair sobre o contraente a quem incumbe informar¹⁷³.

Esta *nuance* faz ressaltar o facto (evidente) de que, desde a consagração do art. 227.º no ordenamento jurídico-português, o Mundo (jurídico) evoluiu incomensuravelmente. Por isso, encontramos hoje destrinças, associadas às consequências *v.g.* da contratação massificada, da globalização ou da documentação *online*, que não fariam sentido há 56 anos, aquando da entrada em vigor do Código Civil.

Por isso mesmo, ressalta a relevância de legislação especial, como o artigo 304.º-A do Código dos Valores Mobiliários, que consagra, no seu n.º 2, uma presunção de culpa nas relações pré-contratuais em que intervenham intermediários financeiros¹⁷⁴. É um exemplo a seguir para o legislador, numa fase em que certos aspectos parcelares do regime da *culpa in contrahendo* começam a atingir a sua maturidade.

Posto isto, salientamos a bondade da posição intermédia, nomeadamente de Mariana Fontes da Costa, que defende a aplicação do critério avançado por Vaz Serra, no art. 9.º, n.º 1, do anteprojecto do Código Civil. Segundo a bitola deste artigo, a responsabilidade pré-contratual mede-se “pelas regras da relação contratual a que as negociações se destinavam, salvo se não lhes for aplicável a razão de ser delas”¹⁷⁵.

Face a estas considerações, e recuperando as considerações da doutrina citada e do acórdão do STJ de 9-Fev.-2021, parece que *i)* é de preferir uma posição intermédia, pela desadequação teórica e (eventualmente) prática dos regimes da responsabilidade obrigacional e aquiliana *in casu*; *ii)* que o regime da responsabilidade pré-contratual não pode ser definido em abstracto

¹⁷³ JORGE SINDE MONTEIRO, “*Culpa in...*”, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁷⁵ MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações ...*, *op. cit.*, p. 68.

*de forma inflexível; iii) sem desprimor do ponto anterior, parece que a) o regime da responsabilidade obrigacional deverá ser aplicável, tendencialmente, no que toca à presunção de culpa e ao regime dos actos praticados pelos auxiliares, e que b) o regime da responsabilidade aquiliana deverá ser aplicável, tendencialmente, no que toca à redução da indemnização em caso de mera culpa (artigo 494.º) e no que toca ao regime da solidariedade (artigo 497.º); iv) que as soluções podem ser adaptado ao caso, nomeadamente consoante se trate de uma ruptura ilegítima de negociações ou da violação de um dever de esclarecimento, na senda da doutrina de Sinde Monteiro (*supra*); e v) que a indefinição do regime da *culpa in contrahendo*, dentro de certos limites, é um ponto positivo, na medida em que habilita o intérprete a aplicar um regime mais dúctil a situações que estão, verdadeiramente, entre o delito e o contrato.*

Bibliografia

- ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações*, com a colaboração de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, JORGE SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, Coimbra, 1994 (policopiado)
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, Vol. I, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Código Civil Comentado — I. Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2020
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1983
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de situação económica difícil", in *Revista Direito e Segurança*, V, 2013
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2014
- COSTA, MARIANA FONTES DA, "O dever pré-contratual de informação", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Volume V, 2007, pp. 367-394
- COSTA, MARIANA FONTES DA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, "Responsabilidade Civil pela Ruptura de Negociações Preparatórias de um Contrato", in *Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 1984
- DIAS, RICARDO GASPAS, *Deveres De Proteção E A Fronteira Entre Responsabilidade Civil Contratual E Extracontratual: Um Problema (Também) De Direito Internacional Privado?*, Porto, UCP, 2012
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020

- FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, "A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana", in *Direito e Justiça*, Vol. XII, Tomo I, 1998, pp. 297-311
- FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Almedina, 1994
- FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2007
- FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Uma "Terceira Via" no Direito da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1997
- GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Quid Juris, Lisboa, 2019
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014
- JHERING, RUDOLF VON, *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2008
- JÚNIOR, EDUARDO DOS SANTOS, "Acordos Intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, 1997, pp. 565-604
- LEITÃO, LUÍS M. MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª Edição, Almedina, 2016
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, "Tutela da confiança e "venire contra factum proprium" (1985), em *Obra dispersa*, 1, Braga, Scientia Iuridica, 1991
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, "A cláusula do razoável" (1986), em *Obra dispersa*, 1, Braga, Scientia Iuridica, 1991
- MATOS, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE, "A Fase Preliminar do Contrato", in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II (Direito das Obrigações), Coimbra, 2007, p. 309 ss.
- MENDES, PEDRO PIMENTA, "Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual", in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, pp. 862-894
- MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989
- MONTEIRO, JORGE SINDE, "Culpa in Contrahendo", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 42, 2003, pp. 5-14
- NINNO, TOMMASO DEL, *La nature de la responsabilité précontractuelle entre le droit français et le droit italien*, Université Paris Panthéon-Assas
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, "Culpa in contrahendo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, 2007, p. 26 ss.

PIRAINO, FABRIZIO, “La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto negoziale”, in *Persona e Mercato*, n.º 2, 2017, pp. 104-132

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Almedina, 2003

PRATA, ANA, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, 2002

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, in *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata do Volume XIV, Coimbra, 1996, pp. 143-250

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, “Responsabilidade Pré-contratual - breves anotações sobre a natureza e o regime”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 96, Ad Honorem* — 4, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 746-767

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, “Culpa na formação do contrato”, *O Direito*, ano 125, n.º III-IV, 1993, pp. 333-356

SERRA, ADRIANO VAZ, “Culpa do devedor ou do agente”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, Lisboa, 1957, pp. 5-404

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, “Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual: o § 311”, in *AA.VV., Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 869-889

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual Por Violação Dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003

SOMMER, UELI, “Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts”, in *Aktuelle Juristische Praxis — Pratique Juridique Actuelle*, n.º 9, 2006

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, 10ª edição, Almedina, 2015

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA, “Dos contratos de cessão financeira (factoring)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, n.º 43, Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, 1999

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001

(texto submetido a 9.09.2022 e aceite para publicação a 4.01.2023)