

# BREVE APRESENTAÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Chu Lam Lam\*

*Docente em tempo inteiro, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

**Resumo:** No presente artigo faz-se uma breve introdução da *culpa in contrahendo*, onde são tratadas quer a sua origem e evolução histórica, quer a sua natureza jurídica e o alargamento do âmbito da sua aplicação.

O instituto da *culpa in contrahendo*, sendo embora uma descoberta jurídica do século XVIII, debruça-se sobre algumas questões jurídicas que se reportam ao tempo do direito romano. Embora correspondendo a exigências de justiça material, o instituto da *culpa in contrahendo* só em meados do século XX foi acolhido pelos legisladores de diversos países como regra geral de conduta segundo a boa fé nos preliminares ou na formação do contrato, de modo a proteger a legítima confiança das partes.

O instituto da responsabilidade pré-contratual é uma aquisição jurídica contemporânea e, como tal, o seu regime jurídico não está ainda totalmente solidificado. Na busca de soluções para os pontos omissos no regime da responsabilidade pré-contratual, os aplicadores do direito são confrontados com o problema da qualificação ou da natureza jurídica da culpa *in contrahendo*.

No direito positivo de Macau, existem, fundamentalmente, dois títulos de imputação de danos, a saber a responsabilidade extracontratual, prevista nos arts. 477º a 503º do CCM, e a responsabilidade contratual, prevista nos arts. 779º a 797º do CCM. Aceita-se, actualmente, que existem certos institutos ou figuras jurídicas não enquadráveis nem na responsabilidade contratual, nem na responsabilidade delitual, são situações situadas entre o contrato e o delito, uma delas é a *culpa in contrahendo*.

---

\* Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau

**Palavras-chave:** Responsabilidade pré-contratual; natureza jurídica; “terceira via” da responsabilidade.

### 1. Origem e evolução histórica do instituto

O instituto da *culpa in contrahendo*, sendo embora uma descoberta jurídica do século XVIII, debruça-se sobre algumas questões jurídicas que se reportam ao tempo do direito romano. Assim num texto do Cícero<sup>1</sup> encontramos referência a Canio, um cidadão romano, que pretendia comprar uma casa em Siracusa, para aí passar o Verão. O siracusano Pizio, conhecedor desse desejo, convidou Canio para jantar na sua casa sobre o mar. O Pizio combinou com os pescadores para que estes levassem grande quantidade de peixe para a sua casa durante o jantar e disse ao Canio que este era um comportamento normal dos pescadores, porque as águas locais eram muito férteis em peixe. Canio, encantado pelos peixes, insistiu na compra da casa do Pizio, quem lha vendeu, por um preço muito elevado. Neste caso de erro de um dos contraentes deliberadamente induzido por outro, originando a distorsão do equilíbrio contratual, Cícero questiona o que pode ser feito, uma vez que no direito romano a protecção conferida, durante as negociações, ao lesado restringe-se aos casos de impossibilidade originária de prestação e de conduta, culposa ou dolosa, destinada a ocultar defeitos ou a exagerar o valor e as qualidades da coisa vendida<sup>2</sup>.

Mais tarde, Pothier e Domat, autores do século XVIII e inícios do século XIX, estudaram também a questão da responsabilidade da invalidade provocada de um contrato, fundada em erro ou em dolo. Contudo, foi Rudolf von Jhering<sup>3</sup>, quem abordou a questão da ressarcibilidade dos danos sofridos pela parte que confiou, legitimamente, na validade do contrato, quando este fosse declarado inválido pelo facto de a outra parte ter incorrido, culposamente, em erro<sup>4</sup>.

Rudolf von Jhering, num estudo publicado em 1861<sup>5</sup>, analisou com

- 1 De officiis, III, 14, *apud* FRANCISCO BENATTI, A responsabilidade pré-contratual, tradução de A. VERA JARDIM e MIGUEL CAEIRO, Coimbra, 1970, pp. 9-10.
- 2 MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, Coimbra, 1984, pp. 33-34; FRANCISCO BENATTI, A responsabilidade pré-contratual, ob. cit. p. 12.
- 3 Sobre autores que tinham abordado este problema antes do Jhering, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, Almedina, 2ª reimpressão, 2001, pp. 528 e 529.
- 4 DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, Coimbra, Almedina, 2001, p.241.
- 5 RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, *apud* ALYONAN. KUCHER, Pre-contractual liability: protecting the rights of the parties engaging in negotiations. [Disponível em <http://www>.

carácter sistemático o problema. No referido estudo, Jhering estudou a eventual responsabilidade do contraente que teve culpa na produção do erro, tornando o contrato celebrado passível de declaração de nulidade, com a consequente produção de danos à outra parte<sup>6</sup>. Caso o declarante estivesse afectado pelo erro juridicamente relevante ou o objecto negocial fosse objectivamente impossível, independentemente de saber se o declaratório (ou declarante) tivesse já realizado despesas confiando na validade do contrato, o contrato celebrado seria declarado inválido. Nos casos em que o vício da invalidade fosse, culposamente, provocado por uma das partes, a solução proposta pelo regime da invalidade, isto é, a restituição em sigilo da prestação em causa, não protegeria a parte lesada, nem satisfaria as exigências da justiça material. Para Jhering “*todo o erro é indesculpável; aquele que promete não deve errar, erra à sua própria custa, não da contraparte*”<sup>7</sup>.

No entender do Jhering, a conclusão do contrato gera em si pelo menos dois efeitos, um principal e um secundário. No caso da invalidade do contrato, o efeito principal do cumprimento fica precludido, enquanto o efeito secundário de indemnização fica intacto. A parte que agiu culposamente durante a fase das negociações fica, assim, obrigada a indemnizar a parte lesada pelos prejuízos causados pela declaração da invalidade do contrato<sup>8</sup>, na medida em que durante a fase das negociações, as partes já estão sujeitas a certos deveres de conduta, cuja violação pode acarretar a obrigação de indemnização<sup>9</sup>.

---

jeanmonnetprogram.org/fellowsforum/kucher-paper.rtf. Consultado em 06/10/21].

- 6 PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume IV, Almedina, 2003, p. 183.
- 7 DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., 2001, p.242.
- 8 Para maior desenvolvimento cfr. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fê no Direito Civil, ob. cit., pp. 528 a 530.
- 9 Na tradução do referido estudo do Jhering para a lingua chinesa, encontramos o seguinte parágrafo: 「從事契約締結的人，是從契約交易外的消極義務範疇，進入約締上的積極義務範疇，其因此而承擔的首要義務，系於締約時須善盡必要的注意。法律所保護的，並非僅是一個業已存在的契約關係，正在發生中的契約關係亦應包括在內，否則，契約交易將暴露於外，不受保護，締約一方當事人不免成爲他方疏忽或不注意的犧牲品！契約的締結產生了一種履行義務，若此種效力因法律上的障礙而被排除時，則會產生一種損害賠償義務，因此，所謂契約無效者，僅指不發生履行效力，非謂不發生任何效力。簡言之，當事人因自己過失致使契約不成立者，對信其契約爲有效成立的相對人，應賠償基於此信賴而生的損害」。轉引自王澤鑒：《民法學說與判例研究》，第一冊，中國政法大學1998年版，第88頁至第89頁。 Síntese do parágrafo, em português: “Durante as

Contudo, para Jhering, a existência do dever pré-contratual de diligência, cuja violação implica a obrigação de indemnização, pressupõe a conclusão do contrato<sup>10</sup>, uma vez que este dever resulta de uma extensão dos deveres de cuidado que vinculam as partes na execução do contrato.

O problema que Jhering tratou, considerado na sua época como um problema novo, hoje, constitui apenas uma pequena fatia da realidade que é abrangida pelo instituto da responsabilidade pré-contratual, pois aquele autor, pioneiro na exploração de novas soluções jurídicas para situações de injustiça surgidas na vida social que não tinham, na altura, soluções legais satisfatórias, tratou apenas da responsabilidade decorrente da celebração, por culpa de uma das partes, de um contrato inválido.

Outra modalidade importante do actual instituto da culpa *in contrahendo* - ruptura ilegítima das negociações - foi abordada pela primeira vez, em Itália, por Gabriele Faggella, num estudo publicado em 1906<sup>11</sup>. A tese de Gabriele Faggella consiste basicamente no seguinte: a entrada em negociações pressupõe que ambas as partes tenham chegado a um acordo pré-contratual, tácito ou expresso, no sentido de prosseguirem as negociações até a um certo termo: celebração do contrato ou impossibilidade da sua celebração devido a uma inultrapassável divergência sobre

---

negociações, os negociantes estão sujeitos a deveres de diligência. O Direito não só deve proteger as relações contratuais, como também conferir protecção às relações pré-contratuais. Doutro modo, um dos negociantes pode sair prejudicado pelos actos culposos do outro. Da celebração do contrato nasce o dever de cumprimento, o qual quando for afastado por impedimentos legais, implica o dever de indemnização. Assim, a nulidade de um contrato implica a não produção do efeito do cumprimento, mas já não a não produção de quaisquer efeitos. A parte culposa pela causa que der origem à nulidade do contrato, deve assumir o dever de indemnização em relação à contraparte que confiou na validade do contrato”.

- 10 Esta orientação foi adoptada pela sentença de 26 de Abril de 1912 do Tribunal Imperial, a qual subordinou a responsabilidade pré-contratual à efectiva conclusão de um contrato. Esta orientação só foi abandonada em 1918 pela sentença de 24 de Setembro de 1918 do Tribunal Imperial: “(...) constituindo a conclusão e a execução do contrato um todo unitário, não existe qualquer motivo convincente para que o cuidado reciprocamente devido pelas partes seja menor aquando da conclusão do contrato do que depois dela.” DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., p.247. Com os casos do linóleo, da casca de banana e do iate a motor, constatamos que o âmbito da aplicação da culpa *in contrahendo* foi gradualmente alargado, autonomizando mesmo da eventual conclusão do contrato em causa, pois se no primeiro caso ainda estivesse dentro do âmbito da fase das negociações, no segundo e terceiro já era muito duvidoso que os intervenientes estivessem numa fase das negociações. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit., pp. 700 a 702.
- 11 Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, *apud* ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, Almedina, Reimpressão, 2002, p. 13.

matérias essenciais para ambas ou uma delas. Este acordo fundaria a confiança das partes na lealdade da contratação. A interrupção das negociações antes do termo previsto, seja por que motivo for, é considerada ilegítima e, conseqüentemente, implica a obrigação de indemnizar nos termos da equidade<sup>12</sup>.

Embora correspondendo a exigências de justiça material, o instituto da *culpa in contrahendo* só em meados do século XX foi acolhido pelos legisladores de diversos países como regra geral de conduta segundo a boa fé nos preliminares ou na formação do contrato, de modo a proteger a legítima confiança das partes.

Na Alemanha, o Código Civil alemão de 1900 não previa nenhuma cláusula geral relativa à *culpa in contrahendo*<sup>13</sup>. O desenvolvimento deste instituto deveu-se essencialmente à jurisprudência<sup>14</sup>. Dos casos julgados ao longo do século passado, é costume agrupá-los em três grupos<sup>15</sup>, consubstanciando cada um deles uma modalidade da responsabilidade pré-contratual.

No primeiro grupo<sup>16</sup> encontram-se casos relacionados com a violação de deveres de protecção, segurança e cuidado quanto à pessoa e aos bens da

12 MOTA PINTO, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento XIV, Coimbra, 1966, p. 185.

13 Embora nesse Código já existissem normas influenciadas pelo instituto, nomeadamente, os §122, 179, 307 e 309, que impunham uma obrigação de indemnização àquele que causou culposamente a ineficácia do contrato devido às seguintes razões:

- i) falta ou vício da vontade;
- ii) falta de poderes de representação;
- iii) impossibilidade da prestação;
- iv) violação de uma proibição legal.

14 Neste sentido, ALYONA N. KUCHER, Pre-contractual liability: protecting the rights of the parties engaging in negotiations. ob. cit., p. 10 : “(...) *the liability imposed for undue behavior at the pre-contractual stage started its development extra legem, at the level of court practice and business usages, and only relatively recently, in the fall of the twentieth century, found its way into the legislative acts and regulations.*”

15 Existem sem dúvida outros critérios de agrupamento. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, ob.cit. nota 80, pp. 546 e 547 e MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL DA FRADA, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Almedina, 2004, pp.103 a 114.

16 Antes de avançarmos, cumpre dizer que, ao contrário do Direito alemão, no Direito de Macau, tal como no de Portugal, não há necessidade de autonomizar, no âmbito da *culpa in contrahendo*, os deveres de protecção, uma vez que os casos incluídos nesse grupo de deveres pela jurisprudência alemã, na ordem jurídica de Macau podem ser resolvidos mediante a aplicação da responsabilidade extra-contratual (art. 477º, nº1 do CCM). Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral do Direito Civil, op. cit., p. 722; e MOTA PINTO, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, ob. cit., p. 155.

contraparte nas negociações e na conclusão dos contratos:

- i) O caso do linóleo de 1911- A, depois de fazer determinadas compras no estabelecimento B, pretendia comprar no mesmo estabelecimento um tapete de linóleo. Por negligência do empregado C do estabelecimento B, A foi colhida por dois rolos que tinham caído. O Tribunal considerou que existia uma relação preparatória à conclusão do negócio, de natureza semelhante à relação contratual, sendo lhe, por isso, aplicável o regime dos deveres de cuidado com a vida e a propriedade do contraente, deveres típicos de uma relação contratual<sup>17</sup>.
- ii) O caso da casca de banana de 1961 - A entrou num supermercado, escorregou numa casca de banana e feriu-se. O titular do supermercado foi condenado pela violação dos deveres de protecção, firmando o Tribunal que esses deveres formavam-se mesmo antes de iniciadas formalmente as negociações<sup>18</sup>.
- iii) O caso do iate a motor de 1976 - A colocou durante alguns dias o seu iate a motor numa oficina de reparações B, não decidindo ainda se ia mandar reparar ou vendê-lo. O pessoal da oficina B deslocou-o, vindo o iate a tombar, com consideráveis danos. O Tribunal condenou o dono da oficina B por violação dos deveres de segurança *in contrahendo*<sup>19</sup>.

Os três casos seleccionados acima referem-se a deveres de segurança: as partes têm o dever de tomar necessárias diligências destinadas a assegurar que outra parte não sofra danos, nem patrimoniais, nem na sua pessoa, durante a fase das negociações<sup>20</sup>.

Os casos do segundo grupo relacionam-se com a violação de deveres da

---

17 Sentença de 7 de Dezembro de 1911, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Leipzig) 78, pp. 239 e ss, *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob.cit., p. 547; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 700; e DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, ob. cit., p. 246.

18 Bundesgerichtshof 26 de Setembro de 1961 *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob.cit., p. 548; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 700.

19 Bundesgerichtshof 2 de Dezembro de 1976 *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob.cit., p. 548; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 701.

20 É curioso notar que salvo no caso do linóleo, quer no caso da casca de banana, quer no do iate a motor, não havia ainda contactos negociais entre as partes.

informação e de esclarecimento. Nos casos em que exista um dever pré-contratual de informação a cargo de uma das partes, a sua não observância, pode implicar uma obrigação de indemnização. Vejamos:

- i) O caso do aparelho automático de recepção de roupa de 1962 - A comprou na loja de B um aparelho automático de recepção de roupa e instalou-o na sua loja. O negócio foi ruinoso, B foi condenado por não ter esclarecido A sobre os riscos da operação<sup>21</sup>.
- ii) O caso do contrato do seguro de 1963 - Um turco comprou um automóvel com empréstimo e fez um contrato de seguro sobre o veículo. Sofreu um acidente na parte asiática da Turquia e a seguradora recusou-se a pagar, argumentando que no contrato do seguro existia uma cláusula que limitava a sua responsabilidade à Europa. O Tribunal considerou que havia culpa das duas partes, do segurado por não ter lido o contrato e da seguradora por ter violado o dever pré-contratual de esclarecimento<sup>22</sup>, e condenou a seguradora a pagar metade do montante dos danos.
- iii) O caso do financiamento da construção de 1974 - A celebrou com B um contrato de construção com participação no financiamento (A financiava a construção que seria, depois, adquirida pela própria). Como não foi devidamente esclarecido dos custos da construção, face à falta de meios financeiros para cumprir o contrato, A pretendia rescindir o contrato e reaver as quantias entregues. O Tribunal deu provimento ao pedido do A, por considerar que o B, sendo um construtor experiente, tinha violado os deveres pré-contratuais de informação<sup>23</sup>.

Os três casos referidos *supra* demonstram com clareza que em certos casos pode haver o dever pré-contratual de informação a cargo das partes, nomeadamente nos casos em que se verifica um desequilíbrio informacional entre as partes. Imanado das exigências da boa fé, o dever de informação pré-contratual tem a potencialidade de corrigir situações de injustiça, reestabelecendo uma igualdade efectiva entre as partes.

No terceiro grupo incluem-se os casos da violação dos deveres de lealdade, de entre os quais se destaca o sub-grupo do rompimento injustificado das

---

21 Oberlandesgericht Hamm 25 de Julho de 1962, *Monatschrift für Deutsches Recht* 1963, 48-49, *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, ob.cit., p. 551.

22 Bundesgerichtshof 20 de Junho de 1963 *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, ob.cit., p. 551.

23 Bundesgerichtshof 27 de Fevereiro de 1974, *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, ob.cit., p. 551.

negociações. Os deveres de lealdade distinguem-se dos deveres de esclarecimento, uma vez que o que está em causa é um problema de actuação e não de simples comunicação. As partes em negociação não devem adoptar condutas que se desviem de uma negociação correcta e honesta, nomeadamente, não se deve, de modo injustificado e arbitrário, interromper uma negociação em curso<sup>24</sup>. A jurisprudência alemã defendeu não raro<sup>25</sup> que o início das negociações, embora não implicasse a conclusão do contrato, poderia originar a obrigação de indemnizar. Assim, se uma parte, em sede de negociações, actuasse de tal forma a criar na outra parte a confiança da conclusão do contrato e depois viesse a frustrar essa confiança, seria chamada a responder pelos danos assim causados.

Em Portugal, o Código de Seabra não continha qualquer disposição sobre o instituto da responsabilidade pré-contratual. Contudo, durante a sua vigência, foram vários os autores que se debruçaram sobre a *culpa in contrahendo*. Assim, segundo Guilherme Moreira, o Código de Seabra previa a responsabilidade pré-contratual em casos específicos, como os de venda de coisa alheia e de venda de coisa defeituosa, em caso de dolo ou má fé. O referido autor discordava porém com a delimitação do instituto no Código de Seabra, tendo defendido que, nos casos referidos a responsabilidade pré-contratual deveria abranger também a actuação negligente do vendedor<sup>26</sup>. Cunha Gonçalves admitia, especialmente, a modalidade da ruptura das negociações da responsabilidade pré-contratual, dando como exemplos a entrada em negociações sem intenção séria de negociar e a realização de negociações paralelos com aproveitamento ilegítimo dos trabalhos feitos pelo negociante pretérito nas negociações<sup>27</sup>. Mota Pinto, por sua vez, dedicou um estudo específico ao tema<sup>28</sup>.

Vaz Serra nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966 admitiu,

---

24 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral do Direito Civil, op. cit., pp. 704 a 706 e Da boa fé no direito civil, ob. cit., pp. 551 a 553 e 583; ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 66 e segs.; JORGE DE ABREU – TIAGO PITTA e CUNHA, Responsabilidade civil pré-contratual, Abreu & Marques Ed., 1999 e ALMEIDA COSTA, Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, Coimbra editora, 1984.

25 Bundesgerichtshof 6 de Fevereiro de 1969, Bundesgerichtshof 18 de Outubro de 1974, Bundesgerichtshof 12 de Junho de 1975, apud ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no direito civil, ob. cit., pp. 552 e 553.

26 GUILHERME MOREIRA, Instituições de Direito Civil português, vol. II, Das Obrigações, 2ª Ed., Coimbra, 1925.

27 CUNHA GONÇALVES, Tratado de Direito Civil (em comentário ao Código Civil Português), IV, 1931, p. 247.

28 MOTA PINTO, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, ob. cit..

expressamente, *a culpa in contrahendo*, propondo a sua consagração, nas disposições relativas à formação dos contratos ou nas disposições gerais relativas à culpa do devedor. O seu pensamento sobre os vários aspectos da *culpa in contrahendo* transparece, nitidamente, no anteprojecto apresentado<sup>29</sup>.

No entanto, no CCP de 1966 acabou por regular-se somente alguns aspectos do instituto da *culpa in contrahendo*, no art. 227º, deixando, em aberto, muitas matérias tratadas no articulado apresentado por Vaz Serra.

Já na vigência do CCP de 1966, Almeida Costa estudou em profundidade a *culpa in contrahendo* na modalidade de ruptura das negociações.<sup>30</sup> Galvão

---

29 VAZ SERRA, Culpa do devedor ou do agente, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957. Naquele anteprojecto, o regime da responsabilidade pré-contratual está previsto nos arts. 8º a 10º. O art. 8º daquele anteprojecto tem a seguinte redacção: “1. Quem entra em negociações com outrem, para a conclusão de um contrato, deve, nessas negociações e na formação do contrato, proceder de acordo com a boa fé para com a outra parte, devendo, em especial, fazer-lhe comunicações, dar-lhe explicações e conservar os seus bens jurídicos, na medida que a boa fé exigir. Se assim culposamente o não fizer, é obrigado a indemnizar os danos causados à outra parte. 2. A responsabilidade, de que no parágrafo anterior se faz menção, não depende de se chegar a concluir o contrato. 3. Incorre em responsabilidade, no caso de ruptura de negociações, aquele que entrou ou prosseguiu nelas com o único fim de as romper ou aquele que conscientemente fez com que a outra parte acreditasse, sem dúvida, em que o contrato se realizaria e depois, sem motivo justificado, rompe as mesmas negociações.” O art. 9º prevê: “1. A responsabilidade de que trata o artigo precedente mede-se pelas regras da relação contratual a que as obrigações se destinavam, salvo se lhe não for aplicável a razão de ser delas. Observa-se a mesma doutrina quanto ao prazo da prescrição. 2. À responsabilidade dos negociadores pelos actos dos seus auxiliares aplicam-se as regras sobre responsabilidade do devedor pelos actos dos seus auxiliares. 3. No caso previsto na 2ª parte do parágrafo 3º do art. 8º, as regras aplicáveis são as da responsabilidade por facto ilícito extracontratual, se forem mais graves.” Enquanto art. 10º estipula: “1. A indemnização, a que o art. 8º se refere, diz respeito aos danos resultantes de se ter confiado na validade ou realização do contrato; mas não pode exceder o montante do interesse que o lesado tem no cumprimento, salvo se a culpa tiver causado um dano diferente da perda da prestação contratual. 2. Se, porém, caso se houvesse procedido regularmente, o contrato tivesse chegado a aperfeiçoar-se, deve indemnizar-se o interesse no cumprimento dele. É devido o mesmo interesse quando uma das partes conhecia a causa da invalidade do contrato e a outra ignorava sem culpa, bem como quando seja de concluir ter-se garantido a validade do dito contrato. 3. Na hipótese da 2ª parte do parágrafo 3º do art. 8º, observa-se o disposto no parágrafo 1º do presente artigo, sem aplicação do que se determina no parágrafo 2º deste mesmo artigo. 4. O dever de indemnização não existe, se a outra parte conhecia ou devia conhecer o facto em questão; mas, quando uma delas conhecia ou devia conhecer o facto e a outra o ignorava culposamente, observam-se as regras sobre conculpabilidade do prejudicado em matéria de dever de indemnizar.”

30 MÁRIO JÚLIO DA ALMEIDA COSTA, Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, ob. cit..

Telles distinguiu a responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação e de esclarecimento, da modalidade de ruptura arbitrária das negociações, defendendo a aplicação do regime da responsabilidade obrigacional à primeira e o da responsabilidade delitual à segunda.<sup>31</sup> Menezes Cordeiro defende que o art. 227º do CCP abrange todas as áreas de aplicação da *culpa in contrahendo*, nomeadamente os deveres de informação e de lealdade<sup>32</sup>. Num estudo<sup>33</sup> relativamente mais recente, Ana Prata afirmou que só exemplificativamente podem enumerar-se os deveres pré-contratuais derivados do art. 227º do CCP, pois a boa fé tem a potencialidade de englobar todos os deveres pré-contratuais conducentes à ideia de correcção no tráfico. No entender da referida autora, a responsabilidade pré-contratual é cumulável com a acção de declaração de nulidade ou de anulação por vícios da vontade, impossibilidade originária da prestação ou por impossibilidade ou ilicitude do objecto<sup>34</sup>.

Por outro lado, a jurisprudência portuguesa “*tem, efectivamente, concretizado a culpa in contrahendo. E fê-lo, com especial acuidade, no domínio dos deveres de lealdade pré-negociais, e no dever, também pré-negocial, de uma completa e exacta informação*”<sup>35</sup>.

O CCM de 1999 prevê no art. 219º a *culpa in contrahendo*. A redacção do preceito é idêntica à do art. 227º do CCP.

Além de Portugal e Macau, outros ordenamentos jurídicos da família romano-germânica acolheram também a *culpa in contrahendo*, nomeadamente o Código Civil italiano de 1942, cujo art. 1337º prevê: “... *to act in good faith... in conducting negotiations and establishing contracts*”<sup>36</sup> e o art. 1338º estipula: “*A contractual party who knew or ought to have known of the invalidity of the contract and did not make this known to the other party... (is) obliged to compensate for damage sustained by the other due to his innocent reliance upon the contract’s validity.*”<sup>37</sup>.

O art. 198º do Código Civil grego de 1940 prevê: “*A party to contractual*

---

31 INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª Ed., Coimbra, 1997, p. 76.

32 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 583.

33 ANA PRATA, *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, ob. cit.

34 *Idem*, p. 42.

35 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Dolo na conclusão do negócio. Culpa in contrahendo*. Acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 1993, in *O Direito*, Lisboa, 1993, p. 162.

36 CHRISTIAN VON BAR, *The core areas of tort law, its approximation in Europe and its accommodation in the legal system*, Oxford University Press, 1998, pp. 492 e 493. [Disponível em [www. questia.com](http://www.questia.com). Consultado em 12/11/21].

37 *Idem*, nota 30.

*negotiations which causes loss to the other by way of blameworthy conduct... (is) obliged to compensate for the damage caused even if no contract comes into existence*<sup>38</sup>.

Antes da aprovação da “*Contract law of the People Republic of China*” (adiante designada por CL), não existia no ordenamento jurídico chinês, pelo menos expressa e sistematicamente, um regime de responsabilidade pré-contratual. Não obstante, existiam já discussões doutrinárias e jurisprudências sobre os casos típicos da responsabilidade pré-contratual. Esta situação de incerteza e confusão doutrinal e jurisprudencial acabou apenas em 1999 com a aprovação da CL. Nos arts. 42º, 43º e 58º do referido diploma, vem expressamente previsto o regime da responsabilidade pré-contratual.

Citando Dário Moura Vicente e para finalizar esta primeira abordagem história, diríamos que: “(...) a elaboração jurisprudencial da doutrina da culpa in contrahendo converteu as proposições de Jhering em Direito vigente e, alargando-a paulatinamente ao longo de um século a novas<sup>39</sup> categorias de problemas, surgidos em novos contextos históricos e sociais, lhe rasgou os mais amplos horizontes<sup>40</sup>”.

## 2. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

### 2.1 Colocação do problema

O instituto da responsabilidade pré-contratual é uma aquisição jurídica contemporânea e, como tal, o seu regime jurídico não está ainda totalmente solidificado. Assim, face às divergências doutrinárias acerca de vários dos seus aspectos mais relevantes, o legislador de Macau, na tarefa de modernização e de localização do Direito Civil de Macau operada em 1999, antes de transferência de soberania, optou por não introduzir quaisquer alterações ao preceito 227<sup>41</sup>

---

38 Idem, nota 30.

39 A título de exemplo desse alargamento: responsabilidade pré-contratual de terceiros que intervêm nas negociações na qualidade de representantes, intermediários ou conselheiros das partes e que por força da especial posição que ocupem exerçam uma influência determinante na conclusão do contrato. Para maior desenvolvimento cfr. MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, Almedina, 1997 e Teoria da confiança e responsabilidade civil, Almedina, 2004.

40 DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., pp. 251 e 252.

41 Sobre a evolução da responsabilidade pré-contratual no direito português cfr. ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 19 a 24.

do CCP de 1966<sup>42</sup>.

O art. 219º do CCM, único preceito legal do Código que regula a responsabilidade pré-contratual, prevê, no nº 1, uma cláusula geral sobre a culpa *in contrahendo* e no nº 2 estipula o prazo de prescrição, deixando em aberto várias questões cuja solução se apresenta indispensável para a sua aplicação.

Na busca de soluções para os pontos omissos no regime da responsabilidade pré-contratual, os aplicadores do direito são confrontados com o problema da qualificação ou da natureza jurídica da culpa *in contrahendo*. No nosso ordenamento jurídico existem duas modalidades da responsabilidade civil, e cada uma delas possui um regime próprio. Assim, conforme se qualifique a culpa *in contrahendo*, como uma modalidade de responsabilidade contratual ou como uma modalidade de responsabilidade extracontratual, ser-lhe-à aplicável, nas questões cuja regulamentação em vigor seja omissa, a norma respectiva de uma ou de outra. Esta discussão reveste, assim, uma acentuada importância prática, não constituindo apenas uma querela teórica. A nossa disposição sobre a natureza jurídica da culpa *in contrahendo* parte desta perspectiva com relevância prática.

Além da responsabilidade pré-contratual, o CCM regula, também a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, e, salvo algumas diferenças<sup>43</sup> introduzidas durante o processo de localização dos Grandes Códigos realizado antes de transferência de soberania, o regime local das duas modalidades de responsabilidade é idêntico ao do Portugal.

Embora o dever de indemnização resultante da responsabilidade contratual e da extra-contratual esteja sujeito ao mesmo regime jurídico (arts. 556º a 566º do CCM), os regimes de imputação de responsabilidade nas duas modalidades divergem em vários aspectos, consagrando soluções diferentes e algumas inclusivamente opostas. A título de exemplo, podemos indicar<sup>44</sup>:

- i) Ónus da prova: na responsabilidade contratual a culpa do devedor presume-se (art. 788º, nº 1 do CCM) enquanto na responsabilidade extracontratual, salvo algumas exceções (arts. 484º a 486º do CCM), a culpa do lesante tem que ser provada pelo lesado (art. 480º, nº 1 do CCM);

---

42 O Código Civil Português de 1966 foi estendido a Macau pela portaria nº 22869 do Ministério do Ultramar e esteve em vigor, em Macau, até 1 de Novembro de 1999, data em que foi revogado pelo novo Código Civil de Macau.

43 Por exemplo foi aditado um número 3 ao art. 486º (correspondente ao art. 493º do CCP) e alterado a redacção do número 3 do art. 496º (correspondente ao nº 3 do art. 503º).

44 Segundo a exposição do JAIME DE GOUVEIRA, Da Responsabilidade contractual, Lisboa, 1932, pp. 174 a 213.

- ii) Aplicabilidade do art. 487º do CCM (limitação da indemnização no caso de mera culpa) à responsabilidade contratual: Há autores<sup>45</sup> que defendam que a norma do art. 487º não tem a natureza de princípio geral aplicável a ambas as modalidades da responsabilidade civil, ele aplica-se somente à responsabilidade extracontratual<sup>46</sup>, uma vez que a regra deste preceito não corresponde às legítimas expectativas do credor da responsabilidade contratual;
- iii) Prescrição da obrigação de indemnização: O prazo geral de prescrição para a responsabilidade delitual é de 3 anos (art. 491º do CCM) enquanto o para a responsabilidade contratual é de 15 anos (art. 302º do CCM);
- iv) Obrigação de indemnização dos co-responsáveis: Solidariedade passiva no caso de responsabilidade extra-contratual (arts. 490º e 500º do CCM) e obrigação conjunta como regra para a responsabilidade contratual (art. 506º do CCM);
- v) Responsabilidade por facto de terceiro: devedor como garante do terceiro lesante (art. 493º do CCM) no âmbito da responsabilidade delitual enquanto na responsabilidade contratual o devedor responsabiliza-se pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares (art. 789º do CCM);
- vi) Imputabilidade e incapacidade: Na responsabilidade contratual vigora o regime da incapacidade negocial e na responsabilidade extracontratual são aplicáveis as regras da imputabilidade (arts. 481º e 482º do CCM);
- vii) O momento da constituição da mora do devedor: A obrigação contratual sem prazo certo só se vence com a interpelação enquanto a obrigação resultante do facto ilícito vence-se independentemente da interpelação (art. 794º do CCM).

Orientados por esta perspectiva prática e impulsionados pela necessidade de encontrar soluções para os pontos omissos no regime da responsabilidade pré-contratual, a doutrina qualificou-a, inicialmente, ou como responsabilidade contratual, ou como extra-contratual (delitual),<sup>47</sup> de modo a aplicar-lhe um ou o

45 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 9ª Ed., Almedina, 1996, pp. 597 e 598 e vol. I, p. 99; ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações*, ob. cit., p. 91.

46 ANA PRATA discorda com esta opinião, afirmando o seguinte: “*Não se afigura, em conclusão, fazer hoje sentido o argumento com base no qual se pretende restringir o âmbito de aplicabilidade do art. 487º à responsabilidade delitual.*” *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, ob. cit., p. 200.

47 Nas palavras do ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, ob. cit., p.585: “*Trata-se de uma responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos*

outro regime. Não obstante, parte da doutrina defendeu que a responsabilidade pré-contratual não era reduzível a nenhuma modalidade de responsabilidade civil prevista no Código Civil, e que ela corresponderia a uma “terceira via” de responsabilidade<sup>48</sup>. Dentro da doutrina, existe ainda quem defenda que a responsabilidade pré-contratual tem uma natureza mista<sup>49</sup>, ou seja, consoante os factos que a fundamentam, a *culpa in contrahendo* pode ser, ora de natureza contratual, ora de natureza extra-contratual<sup>50</sup>.

## 2.2 Enquadramento da responsabilidade pré-contratual na responsabilidade obrigacional ou delitual

O art. 219º do CCM não é claro quanto à questão da natureza jurídica da *culpa in contrahendo*. Apesar de remeter o prazo prescricional da obrigação da indemnização para o da responsabilidade extracontratual, este preceito é passível de várias interpretações. Assim, para os defensores da natureza contratual da responsabilidade pré-contratual, a remissão significa apenas que aplicando-se embora todo o regime da responsabilidade contratual à culpa in contrahendo, o legislador sentiu a necessidade de excepcionar a regra da prescrição. Para quem defende a natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual, esta remissão é uma prova desse facto.

Recorrendo à interpretação histórica do referido normativo não ficamos mais esclarecidos. Vaz Serra tomou posição sobre o problema<sup>51</sup> no art. 9º do anteprojecto do Código Civil:

“Artigo 9º

*1. A responsabilidade de que trata o artigo precedente mede-se pelas regras da relação contractual a que as negociações se destinavam, salvo se lhe não for aplicável a razão de ser delas. Observa-se a mesma doutrina quanto ao prazo da prescrição.*

---

*de comportamento baseados na boa fé.”; ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 198 a 214; ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, vol. 1, ob. cit., p. 279; ALMEIDA COSTA, Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, ob. cit., pp. 93 e segs., entre outros.*

48 SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Almedina, 1989, p. 509; e MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO PORTUGAL DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil ?, ob. cit., p. 95.

49 DÁRIO MOURA VICENTE, Da Responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., pp. 273 e 274.

50 ALMEIDA COSTA, Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, ob. cit., p. 87.

51 VAZ SERRA, Culpa do devedor ou do agente, ob. cit., p. 145.

2. *À responsabilidade dos negociadores pelos actos dos seus auxiliares aplicam-se as regras sobre responsabilidade do devedor pelos actos dos seus auxiliares.*

3. *No caso previsto na segunda parte do n.º 3º do artigo 8º, as regras aplicáveis são as da responsabilidade por facto ilícito, extracontratual, se forem mais graves.*”

Apesar de o projecto ter adoptado expressamente uma posição sobre a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, a redacção final do CCP de 1966 omite a qualquer referência à mesma, prevendo apenas o regime da prescrição da obrigação de indemnização.

Em Macau ainda não há doutrina ou jurisprudência sobre a questão. Em termos de Direito comparado<sup>52</sup>, esta questão é tratada de forma diversa.

Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência predominantes defendem a natureza obrigacional da responsabilidade pré-contratual<sup>53</sup>, pelos seguintes motivos:

- i) No direito alemão, o regime da responsabilidade obrigacional oferece, em geral, uma melhor tutela ao lesado do que o da responsabilidade delitual; e
- ii) A relação pré-contratual é “*dogmaticamente*” qualificada como “*relação obrigacional legal sem dever de prestação primário*”, pois a eventual responsabilidade dos negociadores não se baseia num contrato, mas no direito, ou melhor, no princípio da boa fé<sup>54</sup>.

Em Itália, a jurisprudência maioritária enquadra a *culpa in contrahendo* na responsabilidade extracontratual. A doutrina, por seu turno, diverge<sup>55</sup>.

52 Para ter uma visão global sobre a questão relativa a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual noutros países, pode conferir CHRISTIAN VON BAR, *The core areas of tort law, its approximation in Europe and its accommodation in the legal system*, ob. cit., pp. 494 a 497.

53 ANA PRATA, *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, ob. cit., p. 205; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, ob. cit., pp. 242 a 252.

54 K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band*, apud ANA PRATA, *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, ob. cit., p. 206 e ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, ob. cit., p. 87.

55 GUIDO ALPA, *Precontractual Liability*, apud ANA PRATA, *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, ob. cit., p. 206; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, ob. cit., pp. 259 a 262.

Na França também não existe unanimidade nesta questão, predominando, porém, a corrente que enquadra a *culpa in contrahendo* na responsabilidade aquiliana<sup>56</sup>.

Na Suíça também não há unanimidade no tratamento desta questão: o Tribunal Federal defende a natureza obrigacional do instituto e a doutrina maioritária parece inclinar-se mais para a responsabilidade extracontratual<sup>57</sup>.

Em Portugal, antes da entrada em vigor do CCP de 1966, a posição dominante defendia a natureza delitual da responsabilidade pré-contratual<sup>58</sup>, com os seguintes fundamentos:

- i) A culpa in *contrahendo* deriva do abuso do direito, que é um ilícito extracontratual;
- ii) Inexistência de qualquer contrato<sup>59</sup>.

Posição diferente assumiu Mota Pinto<sup>60</sup>. Este autor assumiu uma posição dualista<sup>61</sup>, propondo submeter a responsabilidade pré-contratual ora ao regime da responsabilidade contratual, ora ao regime da responsabilidade extracontratual consoante a natureza dos factos *sub judice*.

---

56 ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., p. 207; DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., pp. 256 a 259.

57 ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., p. 207; DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., pp. 252 a 256.

58 GUILHERME MOREIRA, Instituições do Direito Civil português, vol. II, Das Obrigações, Coimbra, 1925, pp. 631 e segs; JAIME DE GOUVEIA, Da responsabilidade contratual, Lisboa, 1932, pp. 278 e segs.

59 JAIME DE GOUVEIA, Da responsabilidade contratual, ob. cit., pp. 278 a 283.

60 Fundamentando a sua posição nas razões teleológicas, este autor, embora tomasse uma posição ecléctica, inclinava-se mais vezes para as soluções da responsabilidade obrigacional. MOTA PINTO, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, ob. cit., pp. 150 a 154 e 238 a 240.

61 Após a entrada em vigor do Código Civil Português de 1966, este autor mudou de opinião na sua obra Cessão da posição contratual, reimpressão, Coimbra, 1992, pp. 25 e 350 a 353. Nessa obra, o autor defende que “a sujeição [da culpa in *contrahendo*] ao regime específico da responsabilidade contratual [que], sendo a mais ajustada à ponderação dos interesses em jogo na situação corresponde formalmente ao enquadramento técnico-jurídico respectivo”; e acrescenta que “no art. 227º do nosso Código Civil colhe-se o apoio textual necessário para a fundamentação da ideia da existência de vínculos especiais de carácter obrigacional entre os participantes em negociações.” E caracteriza, finalmente, a relação pré-contratual como relação obrigacional de fonte legal sem deveres primários de prestação.

Actualmente, a doutrina está dividida. Almeida Costa<sup>62</sup>, pensando essencialmente na modalidade da ruptura ilegítima das negociações, considera que o regime jurídico da responsabilidade extracontratual se adequa melhor à natureza da *culpa in contrahendo* nomeadamente:

- i) Ónus da prova da culpa: o dever de indemnizar imposto pela ruptura ilegítima das negociações, representa uma limitação à autonomia privada, não sendo razoável acrescenta ao titular desse dever a presunção da culpa, tal como aconteceria no regime da responsabilidade contratual (art. 788º do CCM);
- ii) Obrigação de indemnização dos co-responsáveis: é mais justo aplicar o regime da solidariedade passiva, tal como no regime da responsabilidade extra-contratual (arts. 490º e 500º do CCM);
- iii) Aplicação do art. 487º do CCM: esta norma confere ao juiz certa maleabilidade e flexibilidade, permitindo aplicar uma indemnização mais adequada à situação concreta da ruptura ilegítima das negociações segundo critérios de equidade;
- iv) Imputabilidade: permite abranger certas situações de ruptura ilegítima das negociações “*para as quais falta tutela adequada com recurso ao regime do ilícito contratual*”;
- v) Competência do Tribunal: neste aspecto, seria também preferível aplicar o regime da responsabilidade extracontratual, uma vez que, no caso da ruptura ilegítima das negociações, as partes, em princípio, não determinaram, ainda, o local do cumprimento, muito menos o foro do eventual litígio. Além disso, o local onde se verifica a ruptura ilegítima das negociações, corresponde, normalmente, ao foro que seria o mais cómodo para o lesante, cuja liberdade contratual foi restringida pela responsabilização pré-contratual<sup>63</sup>.

---

62 ALMEIDA COSTA, Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, ob. cit., pp. 89 e 93 a 95.

63 SINDE MONTEIRO, na Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., p. 510, nota 206, critica esta posição : “*Neste contexto, encaramos com alguma reserva as conclusões a que chega ALMEIDA COSTA (...), embora acentuado o peso das “exigências de carácter prático” (pág. 89) e o ter em primeira linha em vista a hipótese de ruptura das negociações (pág. 95). Admitimos que os resultados da cuidada análise a que procede, pudessem, em alguns pontos, ser diversos, se chamadas à colação distintas hipóteses de culpa in contrahendo, nomeadamente a respeitante à falta do esclarecimento devido.*”

Porém, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>64</sup> e a maioria da doutrina portuguesa<sup>65</sup> entendem que a *culpa in contrahendo* tem a natureza da responsabilidade obrigacional.

No entender de Vaz Serra, “*resultando [a culpa in contrahendo] de uma relação baseada nas negociações, devem aplicar-se, em princípio, as regras sobre responsabilidade contratual, e não as relativas à responsabilidade extracontratual, e, entre aquelas, as respeitantes à relação contratual a que as negociações se destinam*”, pois “*há [...] uma relação obrigacional sancionada pela ordem jurídica entre os negociadores e, portanto, a responsabilidade derivada da violação dela é contratual, pois é contratual, não só a responsabilidade resultante do não cumprimento dos contratos, mas a emergente da violação de qualquer outra obrigação preexistente entre as partes.*”<sup>66</sup>

Por sua vez, Menezes Cordeiro fundamenta a sua opinião de seguinte maneira: “*Trata-se de uma responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa fé.*”<sup>67</sup>

Ana Prata analisa o problema segundo duas perspectivas: uma dogmática e outra pragmática. A autora defende que a responsabilidade contratual “é o enquadramento dogmático mais acertado”<sup>68</sup>, com base nas seguintes razões:

- i) A relação entre os negociadores aproxima-se da relação contratual e é distinta duma relação ocasional estabelecida entre os sujeitos desconhecidos e não ligados por qualquer relação jurídica anterior;

---

64 Entre outros, o Acórdão do STJ de 4 de Julho de 1991, BMJ 409, pp. 743 e segs : “(...) ao iniciarem-se as negociações para a conclusão de um contrato, surge desde logo entre os intervenientes nelas uma relação obrigacional que lhes impõe certos deveres de comunicação, de explicação e de conservação” e o acórdão do STJ de 22 de Maio de 1996, BMJ 457, pp. 308 e segs.

65 VAZ SERRA, Culpa do devedor ou do agente, ob. cit., pp. 130 a 133 e nota 208; Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos, BMJ, nº 72, 1958, pp. 259 e ss (p. 278, n. 25) e anotação ao acórdão do STJ de 7 de Outubro de 1976, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* (Coimbra), ano 110, pp. 270 e segs; MOTA PINTO, Cessão da posição contratual, ob. cit., pp. 351 e segs; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, vol. I, ob. cit., p. 585; Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, p. 444, nº. 205; Tratado de Direito Civil português, vol. I, Parte geral, Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico, p. 346; RIBEIRO DE FARIA, Direito das Obrigações, vol. I, p. 130, n. 2; ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 212 e segs; ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, vol. I, ob. cit., p. 279; e GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 75.

66 VAZ SERRA, Culpa do devedor ou do agente, ob. cit., pp. 130 a 133 e nota 208.

67 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, ob. cit., p. 585.

68 ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 212 a 214.

- ii) A boa fé objectiva surgiu e desenvolveu-se no âmbito das relações obrigacionais;
- iii) Os deveres pré-contratuais oneram sujeitos determinados destinados a satisfazer interesses dos sujeitos também determinados ou determináveis;
- iv) Os deveres pré-contratuais destinam-se a promover e satisfazer o interesse do credor, configurando, assim, por um conteúdo positivo e não negativo tal como os deveres cuja violação constitui um ilícito extracontratual.

Por sua vez, Antunes Varela invoca a semelhança do nexó teleológico existente entre a relação pré-contratual e a relação contratual para justificar a aplicação do regime desta à primeira<sup>69</sup>, enquanto Galvão Telles afirma que está em causa a violação da obrigação de contratar bem, de agir nos preliminares e na formação do contrato correctamente<sup>70</sup>.

Por fim, embora não discordando da qualificação dogmática da relação pré-contratual nem com a do correspondente dever de indemnização<sup>71</sup>, Mário Moura Vicente defende que a *culpa in contrahendo* tem uma natureza mista ou dualista, sendo-lhe aplicável tanto as regras da responsabilidade contratual como as da extracontratual, consoante as especificidades de cada caso e os valores e interesses em jogo em concreto<sup>72</sup>.

### 2.3 “Terceira via” da responsabilidade

No âmbito da responsabilidade civil, a imputação do dano sofrido por determinada pessoa para o património da outra, carece, indubitavelmente, de fundamentação. Só existindo uma válida justificação (título de imputação do dano), o princípio de “*casum sentit dominus*” - que hoje equivale a “*let the loss lie where it falls*” - pode ser afastado, impondo a um sujeito a reparação do dano alheio.

---

69 ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, vol. I, Almedina, 1996, p. 279.

70 INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Culpa na formação dos contratos, in *O Direito*, Lisboa, 1993, pp. 333 ss (p. 346), e *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 72.

71 DÁRIO MOURA VICENTE, Da Responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., p. 273 : “(...) embora se possa falar de uma relação obrigacional de fonte legal e sem deveres primários de prestação a propósito da relação que se estabelece entre as partes nos preliminares e na conclusão dos contratos, e de uma responsabilidade obrigacional ou contratual a respeito do dever de indemnizar emergente da violação dos deveres de conduta que integram aquela relação, daí não se segue necessariamente que o regime aplicável a esse dever de indemnizar seja o da responsabilidade contratual.”

72 Idem.

No direito positivo de Macau, existem, fundamentalmente, dois títulos<sup>73</sup> de imputação de danos, a saber a responsabilidade extracontratual, prevista nos arts. 477º a 503º do CCM, e a responsabilidade contratual, prevista nos arts. 779º a 797º do CCM.

Resumidamente, a responsabilidade contratual apresenta as seguintes características:

- i) Tem como finalidade a tutela e a realização das expectativas ligadas ao vínculo obrigacional;
- ii) Pauta-se pelo interesse de cumprimento da obrigação;
- iii) Pressupõe a existência prévia de uma relação creditícia entre as partes;
- iv) O dano decorre da falha do plano obrigacional estipulado por essa relação previamente estabelecida entre pessoas determinadas.

Enquanto a responsabilidade extracontratual não pressupõe qualquer relação obrigacional pré-existente, ela intervém para permitir e regular a reparação dos danos causados, não por nenhum relacionamento específico entre pessoas determinadas, mas por sujeitos desconhecidos entre si. Pressupondo o dever de indemnização, a violação de normas proibitivas ou impositivas de conduta, o alargamento do seu âmbito, limitaria, necessariamente, a liberdade de agir dos sujeitos. Neste sentido, é impensável estatuir a ressarcibilidade de todos os danos verificados, cabendo à responsabilidade delitual seleccionar os danos que merecem ser ressarcidos.<sup>74</sup> Esta tarefa é conseguida através de um dos seus elementos constitutivos: a ilicitude. O art. 477º, nº 1 do CCM prevê duas modalidades de ilicitude, a saber:

- i) Violação de direitos de outrem;

---

73 Muitos autores negam a existência de distinções essenciais entre os dois regimes, isto é, diferenças de tal ordem que os transformem em dois “compartimentos estanques”, incomunicáveis entre si. PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato, ob. cit., p. 248; MENEZES LEITÃO, Acidentes de trabalho e responsabilidade civil, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, Lisboa, Dezembro de 1988, pp. 793 e 794 e Obrigações, vol. I, p. 330; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil, ob. cit., p. 637 e Direito das Obrigações, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1994, pp. 265 e 275 e 276; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 493 a 495.

74 Para maior desenvolvimento cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, Contrato e deveres de protecção, Coimbra, 1994, pp. 129 e segs e Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit., pp. 32 e segs, especialmente os exemplos da nota 17 e SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., p. 177.

- ii) Violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

A primeira modalidade de ilicitude refere-se à violação de direitos subjectivos absolutos<sup>75</sup>, e está fora do seu âmbito a ressarcibilidade dos danos primários ou puramente patrimoniais.

Danos puramente patrimoniais são aqueles sofridos por uma pessoa sem que tenha existido prévia violação de um direito ou bem absolutamente protegido. São, nomeadamente, casos típicos da ocorrência de danos puramente patrimoniais:

- i) Danos sofridos por terceiro na sequência da violação do direito absoluto da vítima<sup>76</sup>;
- ii) Indução em erro por informações falsas ou incorrectas<sup>77</sup>.

Pois, não existe um direito sobre o património como tal, existem sim direitos reais sobre os bens individualmente considerados. Neste sentido, Sinde Monteiro, citando Koziol refere: *“O património como tal não é objecto de um direito real e com isso absoluto e não é também um objecto de disposição. Isto fala no sentido de que ao património em si não caiba qualquer protecção extensa”*<sup>78</sup>.

A necessidade de delimitação dos potenciais lesados, garantindo a previsibilidade e certeza na determinação das pessoas com direito a uma indemnização, justifica-se pela protecção da liberdade de acção, a qual ficaria insuportavelmente limitada caso concedesse ressarcibilidade aos danos puramente

75 SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., p. 182; RUI DE ALARCÃO, Direito das Obrigações, Coimbra, 1983, p. 242; ANTUNES VARELA, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 486; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 4ª Ed., Coimbra, 1984, p. 369.

76 Por exemplo: A, artista, no caminho para o Centro Cultural, foi atropelado pelo B, e ficou internado no Hospital durante 5 dias. No dia do acidente A tinha um concerto a realizar no Centro Cultural, o qual foi cancelado. Os danos puramente patrimoniais sofridos pelo Centro Cultural pelo cancelamento do concerto não serão delitualmente ressarcidos pelo B. Outro caso mais ilustrativo são os danos puramente patrimoniais causados a inúmeras pessoas pela interrupção temporária do fornecimento da energia eléctrica a uma determinada zona da cidade devido à danificação ou destruição dos cabos eléctricos provocada negligentemente por um determinado construtor (cfr. *“Cable case”*, SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., pp. 199 a 206).

77 Por exemplo : A, incorrectamente informado sobre as perspectivas do mercado, comprou um lote de acções da companhia X, cujo valor desceram dramaticamente.

78 SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., pp. 190 a 191.

patrimoniais fora do âmbito das relações intersubjectivas. Assim, os danos patrimoniais puros ocorridos fora dos quadros de uma relação especial não serão em princípio ressarcidos<sup>79</sup>, ressalvada a existência de uma disposição legal de protecção ou actuação com abuso do direito.

O legislador pode, por razões específicas, conceder, excepcionalmente, protecção delitual aos danos puramente patrimoniais, estipulando uma disposição de protecção do interesse alheio. Essa disposição de protecção tem que visar a protecção de uma pessoa ou de um círculo de pessoas e não a colectividade em geral. A protecção individual tem de ser intencionada, embora não necessariamente coincidente com o fim principal da norma. Para invocar uma determinada norma como disposição de protecção nos termos da segunda modalidade de ilicitude, é ainda necessário apurar-se do seguinte: “*se a norma visa a protecção daquela pessoa contra aquela espécie de danos e contra este tipo de perigos, isto é, este modo de lesão*”<sup>80</sup>.

Aceita-se, actualmente, na doutrina portuguesa que existem certos institutos ou figuras jurídicas não enquadráveis nem na responsabilidade contratual, nem na responsabilidade delitual, são situações situadas entre o contrato e o delito.<sup>81</sup> Exemplos disso são as cartas de intenção, as cartas de conforto, contratos com eficácia de protecção para terceiros e a *culpa in contrahendo*<sup>82</sup>.

A responsabilidade pré-contratual é distinta da responsabilidade obrigacional, na medida em que os deveres e comportamentos ditados pelo princípio da boa fé durante as negociações não são obrigações em sentido restrito, isto é, deveres de prestar (art. 391º do CCM).

A responsabilidade pré-contratual também não é enquadrável na

---

79 Face à não ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros, desenvolvem-se, em contrapartida, novos direitos subjectivos, alargando a esfera de protecção dos particulares, nomeadamente, o direito à empresa e o direito geral de personalidade. SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., pp. 206 a 236.

80 SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., pp. 249 e segs e exemplos da nota 234.

81 SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., pp. 508 e segs; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, Contrato e deveres de protecção, ob. cit., pp. 24 e segs e Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit., pp. 86 e segs; BAPTISTA MACHADO, Tutela da confiança e venire contra factum proprium e A cláusula do razoável, in *Obra dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Jurídica, 1991.

82 MANUELA. CARNEIRO DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil, ob. cit., pp. 85 e 86; SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por informações face a terceiros, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, nº 73, 1997, pp. 35 a 60; PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato, ob. cit., p. 249.

responsabilidade delitual, porquanto:

- i) A negociação e a formação do contrato implicam uma relação intersubjectiva, incompatível com o facto de a responsabilidade delitual não exigir nem pressupor nenhuma relação previamente existente entre o lesante e o lesado;
- ii) Na responsabilidade delitual está em causa a violação dos deveres de comportamentos genéricos, enquanto na culpa *in contrahendo* a violação refere-se ao comportamento ditado pelo princípio da boa fé para um contexto relacional concreto; e
- iii) Os danos ressarcíveis na culpa *in contrahendo* são, o mais das vezes, puramente patrimoniais.

Dogmaticamente, a relação pré-contratual é qualificada como uma relação obrigacional sem dever primário de prestação. Para sua compreensão é indispensável a noção da “*relação obrigacional complexa*”. A relação obrigacional pode ser classificada como simples ou complexa, conforme consideramos o direito de exigir a prestação do credor e o dever de prestar do devedor ou incluímos nela um conjunto de direitos e de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico.<sup>83</sup> Partindo da perspectiva do devedor, a relação obrigacional simples esgota-se nos deveres principais da prestação (núcleo clássico da relação obrigacional), enquanto numa relação obrigacional complexa, além do dever principal da prestação, existem ainda os outros deveres laterais ou de conduta<sup>84</sup>. Com base nesta noção de relação obrigacional complexa, foi desenvolvida e aceite a noção de “*relação obrigacional sem deveres primários de prestação*”.

No caso da responsabilidade pré-contratual, apesar de ainda não existir entre as partes, antes da celebração do contrato, nenhum dever de prestação primário, desde que as negociações do contrato estejam em curso, cada uma das partes deve respeitar certos deveres de conduta impostos pelo princípio de boa fé, sob pena de responder pelos danos causados à outra parte (art. 219º do CCM)<sup>85</sup>. Quando estes deveres de conduta forem violados, surge um dever secundário de prestação – dever de indemnização – sem existir previamente um dever primário de prestação, que só surgirá com a celebração do contrato.

A culpa *in contrahendo* é, assim, concebida dogmaticamente como uma

---

83 ANTUNES VARELA, Das Obrigações em geral, ob. cit., pp.65 a 73.

84 Esses deveres também são designados por deveres acessórios, deveres de protecção ou deveres de cuidado.

85 MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, ob. cit., p. 102; e Contrato e Deveres de protecção, ob. cit., pp. 92 e segs, 257 e segs.

relação obrigacional sem deveres primários de prestação. A sua ilicitude consiste na violação desses deveres de conduta imposta pelo princípio de boa fé, a saber, deveres de lealdade, de esclarecimento e informação, de não provocação ilegítima de uma ruptura abusiva das negociações em curso etc.

Na opinião do Sinde Monteiro a responsabilidade pré-contratual constitui uma “terceira via” do direito da responsabilidade, não redutível a qualquer uma das duas modalidades de responsabilidade previstas no CCM, à *culpa in contrahendo* “não teremos de aplicar de plano as regras de uma ou da outra<sup>86</sup> (...) ou sequer a aplicar sempre as mesmas regras, podendo ter em conta a especificidade dos casos<sup>87</sup>”.

Baptista Machado também admite que existem situações de facto situadas entre o delito e o contrato, nomeadamente a gestão de negócios e a *culpa in contrahendo*. Da responsabilidade pré-contratual emerge uma “relação deveral legal sem dever primário de prestação”<sup>88</sup>, pois a entrada em negociações sujeita os negociantes a deveres de conduta conformes à razoabilidade e à boa fé cuja inobservância culposa origina a obrigação de indemnização em caso de dano.

Menezes Leitão é também a favor da adopção da terceira via da responsabilidade civil e considera que, além da *culpa in contrahendo*, integram esta terceira via a violação positiva do crédito e o contrato com eficácia de protecção para terceiros, uma vez que estão em causa relações obrigacionais sem deveres primários de prestação<sup>89</sup>.

Na opinião do Carneiro da Frada, a *culpa in contrahendo* consubstancia uma terceira via de responsabilidade, porque os deveres pré-contratuais não são obrigações em sentido restrito (art. 391º do CCM), e surgem durante e por causa das negociações no âmbito de uma relação intersubjectiva. Os danos ressarcíveis na *culpa in contrahendo* são, o mais das vezes, puramente patrimoniais<sup>90</sup>.

---

86 INOCÊNCIO GALVÃO TELLES não concorda com esta solução. No entender dele, só o legislador tem este poder de determinar que uma determinada norma inserida no regime da responsabilidade delitual é aplicável a um caso da responsabilidade obrigacional e vice-versa. O regime de responsabilidade deve ser aplicada em bloco às situações para as quais foi estabelecido. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 74 e 75.

87 SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 509 e segs e nota 206.

88 BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, ob. cit., pp. 567 e ss.

89 LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 254, 312 e 311; SINDE MONTEIRO, anotação ao acórdão do STJ de 12 de Novembro de 1996, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132 (1999/2000), p. 64, 2ª col. e p. 90, 1ª col.

90 MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 24 e

Embora admita que a responsabilidade pré-contratual não se reconduz nem à responsabilidade contratual nem à extra-contratual, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do Nascimento<sup>91</sup> e outros<sup>92</sup> entendem que, deve aplicar-se, por analogia, aos aspectos omissos da primeira o regime da responsabilidade contratual, pois, apesar de não serem enquadráveis no conceito técnico das obrigações, os deveres pré-contratuais são deveres específicos da conduta impostos aos sujeitos de uma relação também específica.

### 3. O alargamento do âmbito da aplicação subjectiva da *culpa in contrahendo*

Em Macau, o instituto de *culpa in contrahendo* está previsto no art. 219º do CCM: “*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.*”

A lei é clara no sentido de a constituição da responsabilidade *in contrahendo* tanto poder resultar de uma conduta respeitante à fase negociatória (isto é, a fase de preparação do conteúdo do contrato), como de uma conduta integrada na fase decisória (declarações consubstanciadas na proposta e na aceitação), e com ou sem ulterior conclusão do contrato.

Por outro lado, embora o preceito restrinja literalmente a sua aplicação aos contratos, há autores<sup>93</sup> que, atendendo à *ratio* do instituto – que é a tutela da confiança do sujeito na correcção, honestidade, lisura e lealdade da conduta da outra parte – defendem a sua extensão a outras áreas, nomeadamente ao campo

---

segs; Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit. pp. 85 e segs; e Teoria da confiança e responsabilidade civil, ob. cit., pp. 99 e 100.

91 PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato, ob. cit., pp. 249 e 250.

92 MENEZES LEITÃO, Obrigações I, ob. cit., , p. 338.

93 ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 25 e 26 e Notas sobre responsabilidade pré-contratual, in *Separata da Revista da Banca*, nº 16 e 17, Lisboa, 1991, pp. 25 e segs; MOTA PINTO, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, ob. cit., p. 162 e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, ob. cit., p.70, n. 1. Também neste sentido FRANCISCO BENATI : “*De facto, o dever de comunicar a existência de uma causa de invalidade, ou a falta de procuração, destina-se a evitar que um sujeito tenha confiança na validade ou eficácia do contrato. Mas é claro que semelhante exigência se observa mesmo para os negócios unilaterais: também o destinatário destes últimos deve ser colocado em condições de não confiar na validade do negócio.*” FRANCISCO BENATI , A responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 37 e 38.

dos “*negócios jurídicos unilaterais e, inclusive, os quase negócios jurídicos ou actos quase negociais (interpelação do devedor, notificação da cessão, etc.)*”<sup>94</sup>.

Quanto ao seu âmbito de aplicação subjectiva, coloca-se, a questão de saber se o instituto da responsabilidade pré-contratual é aplicável a casos em que uma das partes é a Administração Pública no exercício de actos de gestão pública<sup>95</sup>. O problema ainda não foi tratado pelos tribunais de Macau. Contudo, o Código do Procedimento Administrativo de Macau, no seu art. 8.º prevê, expressamente, o princípio de boa fé, tutelando a confiança dos particulares : “*1. No exercício da actividade administrativa, e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé. 2. No cumprimento do disposto no número anterior, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas e em especial: a) Da confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa; b) Do objectivo a alcançar com a actuação empreendida.*”

Sem prejuízo de um estudo mais aprofundado sobre o tema, afigura-se-nos que em Macau, em princípio, não é de rejeitar a subordinação da Administração à regra da boa fé nas negociações e conclusão de negócios. Aliás, a doutrina e jurisprudência de outros países, incluindo Portugal, também acolhem a imputação da responsabilidade pré-contratual ao Estado e demais entidades públicas no quadro do direito administrativo<sup>96</sup>.

É unanimemente aceite que às partes em negociação pode ser onerada a eventual obrigação de indemnização fundada na responsabilidade pré-contratual. Contudo, questiona-se se os sujeitos da relação de negociação referida pela lei se restringem apenas às partes no contrato a celebrar; ou melhor, face aos actuais processos sofisticados de contratação, coloca-se a questão de saber se pode incluir no âmbito subjectivo de aplicação do instituto da *culpa in contrahendo* sujeitos envolvidos por alguma forma na teia das negociações ou próximos de alguma das partes, nomeadamente os representantes e terceiros que, embora não sejam partes do contrato em negociação, mas, que em razão da sua especialização técnica ou da sua situação profissional, se encontram numa situação de autonomia e, intervindo ao lado de uma das partes no processo de negociação, determinam ou influenciam

---

94 ALMEIDA COSTA, Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, ob. cit., p. 32.

95 Por exemplo quando estão em causa contratos de alienação de bens do domínio público, concursos para admissão de pessoal, para a adjudicação de obras ou fornecimento de bens etc.

96 MARCELO REBELO DE SOUSA, Responsabilidade pré-contratual - Vertentes privatísticas e publicísticas, in *O Direito*, Lisboa, 1993, p. 409 e Parecer n.º 138/79 da Procuradoria-Geral da República, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 298, pp. 21 e segs.

o desenrolar desse processo.

No domínio da responsabilidade contratual, em termos gerais, os actos praticados por representante ou auxiliar repercutem-se, para todos os efeitos, na esfera jurídica do representado ou auxiliado (arts. 251º e 789º do CCM). Para quem considera que a *culpa in contrahendo* tem natureza contratual, certamente retirará como sua consequência a responsabilização do representado pelos actos pré-contratuais do representante. No entanto, na Alemanha, não obstante a doutrina maioritária enquadrar a responsabilidade pré-contratual na modalidade de responsabilidade contratual, a jurisprudência<sup>97</sup> admite a responsabilidade autónoma do representante nos casos em que este existe um interesse próprio e pessoal na conclusão do contrato e logo na condução das respectivas negociações.<sup>98</sup>

Na doutrina alemã, foi Ballerstedt, quem aprofundou o tema da distribuição das responsabilidades entre o representante e o representado<sup>99</sup>. Este autor fundamenta a responsabilidade pré-contratual na confiança criada e defende que a responsabilidade pré-contratual é imputável ao representado ou ao representante conforme qual deles gerou de facto a confiança na contra parte<sup>100</sup>. Com a doutrina de Ballerstedt, além da eventual responsabilidade pré-contratual do representado, o representante também pode ser chamado a responder autonomamente, a título pessoal, face à contraparte do seu representante.

A aplicação da *culpa in contrahendo* ao representante, independentemente

97 RG 1-mar.-1928, JW 1928, 1285-1286 (1286) = Recht 1928, nº 1035 = RGZ 120 (1928), 249-256 (253). Esta orientação manteve-se na jurisprudência do BGH: BGH 27-Jul.- 1963, NJW 1963, 2166-2168 (2167), p. ex..., *apud* ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, DA BOA FÉ NO DIREITO CIVIL, ob. cit., p. 634, notas 360 e 361.

98 A título de exemplo, podemos indicar o seguinte caso decidido pelo BGH : “*O réu vendeu, na qualidade de representante, ao autor participações de uma sociedade em comandita. Esta entrou em falência pouco tempo depois da transacção e a participação do autor perdeu todo o seu valor. O prospecto da referida sociedade fornecido pelo réu contém informações falsas, e na carta de oferta dirigida ao autor, o réu afirmava que o objecto da venda tinha sido anteriormente “analisado por vários contabilistas e especialistas fiscais”.* O Tribunal considerou que pela forma da publicidade usada, o réu proporcionou uma confiança pessoal nele, criando no autor a impressão de que o réu é especialmente merecedor da confiança.” BGHZ 74, p. 103, 108 ss, *apud* SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., p. 53.

99 K. BALLERSTEDT, Zur Haftung für *culpa in contrahendo* bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151, 501 e ss. *apud* SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., p. 53.

100 MOTA PINTO, Cessão da posição contratual, ob. cit., p. 352, nota 1 e Teoria Geral do Direito Civil, 3ª ed., Coimbra, 1985, p. 544, nota 2; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, da Boa fé no Direito Civil, ob. cit., p. 633.

da responsabilização do representado<sup>101</sup>, foi estendida ao “*Sachwalter*”<sup>102</sup>. Entende-se por “*Sachwalter*” os intervenientes introduzidos pelas partes nas negociações com poder de influência na conclusão do contrato, isto é, sujeitos que “(...) *ao abrigo do seu poder de direcção dos bens e interesses de outrem, conformam autonomamente o processo de formação do negócio sem se destinarem a ser partes nele e com independência da posição de representantes que possam ter em relação a elas*”<sup>103</sup>. Eles, sendo terceiros, são introduzidos por uma das partes, a fim de prestarem aconselhamento técnico<sup>104</sup>.

Hoje em dia, devido à complexidade do mundo em que vivemos, é muito frequente que no processo de contratação participem não só as partes, como também os profissionais de diferentes áreas contratados pelas partes para lhes prestarem assessoria técnica durante as negociações. Esses profissionais desempenham um papel muito importante no *iter* negociatório, têm poderes para determinar não só a conclusão ou não do contrato em causa, bem como os seus termos. Não há dúvida que estes auxiliares das partes respondem contratualmente perante a parte que os contratou, porém, face à contraparte, dúvidas já se levantam. Na Alemanha aceita-se que em relação a esses “*terceiros*” são impostos também deveres pré-contratuais, tais como deveres de informação, de esclarecimento e de veracidade, cuja violação pode dar origem a responsabilidade *in contrahendo*. É o caso, por exemplo, dos advogados, conselheiros financeiros ou fiscais, contabilistas e auditores<sup>105</sup>.

---

101 Na doutrina portuguesa, a aceitação da responsabilidade do representante por *culpa in contrahendo* pode ver-se no MOTA PINTO, Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros/ Reflexão a propósito do art. 23º do Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, BFDUC LXIX (1993), pp. 639 e 640, nota 100; RAÚL GUICHARD ALVES, Notas sobre a falta e limites do poder de representação, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXXVII (1995), pp. 22 e segs; CARNEIRO DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit., pp. 98 e ss; MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no direito civil, ob. cit., p. 634 e SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., pp. 52 e ss e 549, nota 330.

102 A decisão BGH 56, 81= WM 1971, 592, *apud* SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, ob. cit., p. 54, nota 74.

103 CARNEIRO DA FRADA, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, ob. cit., p. 118.

104 PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato, ob. cit., p. 198.

105 DÁRIO MOURA VICENTE, Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado, ob. cit., p. 250 e nota 884; PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato, ob. cit., pp. 197 a 199; CARNEIRO DA FRADA,

Em síntese, superando o formalismo das posições ocupadas por cada um dos sujeitos no processo de negociações, aceita-se hoje na Alemanha a responsabilidade pré-contratual, em termos autónomos, do procurador de facto, do administrador, do curador de negócios e de diversos peritos intervenientes no processo de formação do contrato.

Em Macau não existe ainda doutrina ou jurisprudência sobre a questão do âmbito de aplicação subjectiva do art. 219º do CCM. Considerando que o art. 219º do CCM, que regula o instituto *da culpa in contrahendo*, tem a mesma redacção que a do art. 227º do CCP e o facto de o Livro das Obrigações do CCM na parte sobre as matérias relevantes<sup>106</sup> para o nosso estudo, não sofreu alterações em relação ao Código Civil Português de 1966<sup>107</sup>, a doutrina portuguesa sobre esta questão pode nos ser útil e inspiradora.

Em relação à questão da eventual responsabilização em termos pré-contratuais de terceiros peritos, que intervêm autonomamente no processo de negociação, com poderes de influência e determinação na conclusão ou não do contrato em negociação e os seus termos, Manuel A. Carneiro de Frada tem uma resposta afirmativa e fundamenta a sua opinião no seguinte:

- i) Do art. 227º, nº 1 só se retira a “*ideia de que entre lesado e responsável se forma uma relação específica, cujo conteúdo é dado pelos deveres de boa fé e cuja fonte é a situação objectiva de existência de negociações*”<sup>108</sup>;
- ii) Da interpretação literal do referido preceito, não se retira a ideia de que os sujeitos da relação de negociação referidos no art. 227º têm que ser necessariamente as próprias partes;
- iii) Desde que os terceiros ajam com autonomia no processo de formação do contrato, determinando ou influenciando o desenrolar do mesmo, são-lhes impostos, também, os deveres pré-contratuais;
- iv) A interpretação teleológica da norma *sub judice* impõe a inclusão dos

---

Teoria da confiança e responsabilidade civil, ob. cit., pp. 125 e ss.

106 Referimo-nos ao regime da responsabilidade extracontratual, ao abuso do direito e ao art. 478º (Conselhos, recomendações ou informações) do CCM. Para maior desenvolvimento das limitações colocadas por estes regimes à eventual responsabilização desses terceiros, intervenientes no processo de formação de contratos, face à contraparte das negociações, cfr. CARNEIRO DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit.

107 LUÍS MIGUEL URBANO, Nota de abertura do Código Civil de Macau, Código Civil de Macau, Imprensa Oficial de Macau, 1999, pp. XX. a XXVIII.

108 CARNEIRO DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit., p. 100.

terceiros com poder de influência no âmbito da aplicação subjectiva da norma, pois só assim é possível conferir tutela efectiva ao período pré-negocial, protegendo a legítima confiança dos intervenientes.

Embora não se rejeite, à priori, a aplicação da responsabilidade pré-contratual aos profissionais chamados a intervir no processo negocial por uma das partes, exige-se a verificação de certos requisitos para que aqueles possam ser efectivamente responsabilizados. Estes requisitos são<sup>109</sup>:

- i) Uma situação de confiança, pois “*os deveres pré-contratuais surgem quando – e na medida em que – os contactos pré-contratuais entre as partes façam surgir numa delas ou em cada uma delas, a confiança na conduta leal, honesta, responsável e íntegra da contraparte, (...)*.”<sup>110</sup>;
- ii) Uma justificação dessa confiança, isto é, a confiança noutra parte tem que ser legítima e objectivamente fundada, decorrente de comportamentos de outrem aptos a criar a tal confiança;
- iii) Um investimento de confiança, isto é, por ter confiado no comportamento; ou nas declarações de outrem, o confiante realiza despesas que resultaram em prejuízos;
- iv) A possibilidade de imputar a confiança àquele contra quem actua a protecção da confiança.

---

109 CARNEIRO DA FRADA, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, ob. cit., pp. 103 e segs; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil I, ob. cit., pp. 1243 e segs; CARNEIRO DA FRADA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por *venire contra factum proprium*, Anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 18 de Novembro de 1993, in *O Direito*, ano 126 (1994), pp. 701 e 702; BAPTISTA MACHADO, Tutela da confiança e *venire contra factum proprium* e A cláusula do razoável, ob. cit., pp. 414 e ss.

110 ANA PRATA, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, ob. cit., pp. 42 e 43.