

A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal*

Dário Moura Vicente
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica

I – Posição do problema

Vamos ocupar-nos na presente exposição da *culpa na formação dos contratos*.

A fim de compreendermos melhor o problema de que se trata, consideremos os seguintes exemplos:

i) Suponhamos que A, um empresário estabelecido em Luanda, convida B, um seu colega do Huambo, a viajar até àquela cidade, a fim de negociarem um contrato.

O convidado apanha um avião, ou aluga um automóvel, e instala-se a expensas suas num hotel de Luanda.

Quando, na data apazada, chega ao escritório do anfitrião, este informa-o de que celebrou o contrato com um terceiro duas semanas antes.

Pergunta-se:

- Pode B, o empresário do Huambo, exigir de A, o colega de Luanda, o reembolso das despesas que fez tendo em vista a conclusão do referido contrato?
- E pode, além disso, reclamar uma indemnização por ter perdido a oportunidade de celebrar o mesmo contrato com um terceiro?

ii) Admitamos agora que um comerciante de arte adquire a uma pessoa idosa, por 100 kwanzas, uma valiosa máscara de madeira, que a vendedora tinha na sua casa habitação, ignorando a sua autoria e valor, e que o primeiro em seguida revende num leilão internacional por 5.000 dólares.

* Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade José Eduardo dos Santos, Huambo, Angola.

Pode a vendedora reclamar do comerciante uma compensação pelo dano que sofreu em virtude do negócio ruinoso que celebrou?

São situações como estas que suscitam o problema da *culpa na formação dos contratos*, *responsabilidade pré-contratual* ou responsabilidade por *culpa in contrahendo* – i. é, *a responsabilidade civil por danos decorrentes de actos ou omissões verificados no período que antecede a celebração do contrato*.

II - O regime da culpa na formação dos contratos no Código Civil

a) O art. 227.º do CC e as suas origens

i) No artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil acolhe-se expressamente o princípio conforme o qual:

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

Pode, assim, afirmar-se que o Código consagrou a figura da *culpa na formação dos contratos*.

Há, por força deste preceito, uma relação obrigacional nascida nos preliminares do contrato e integrada por deveres de conduta fundados na boa fé, cuja violação faz incorrer o infractor na obrigação de indemnizar os danos desse modo causados a outrem.

Estabelecem-se ainda certos corolários desse princípio em preceitos esparsos do Código (os artigos 229.º, n.º 1, 245.º, n.º 2, 246.º e 898.º).

ii) Não é difícil identificar a linhagem daquele preceito do Código Civil: está patente nele a corrente de pensamento iniciada por Jhering no seu célebre ensaio de 1861, que aflorou em várias regras do Código Civil alemão de 1896 e obteve consagração no Código italiano de 1942.

A fonte mais próxima do artigo 227.º é, com efeito, o artigo 1337 deste diploma, no qual se acolhe de igual modo a boa fé como fonte autónoma de direitos e deveres nas negociações e na conclusão do contrato.

iii) Reflecte-se nesta orientação comum aos Direitos alemão, italiano e português a permeabilidade destes ordenamentos jurídicos a exigências de ordem ética e social, traduzida na consagração legal de certos limites à autonomia privada, a qual os marcou sobretudo a partir do primeiro quartel do século progresso: o contrato postulado pelos sistemas que consagram o princípio da boa fé nos respectivos preliminares e na sua formação não é apenas o contrato querido pelos contraentes, mas antes o *contrato socialmente aceitável*.

b) Traços fundamentais do regime consagrado no art. 227.º

Vejamos alguns traços fundamentais do regime consagrado no artigo 227.º do Código Civil.

i) A primeira nota a salientar a este propósito é que as categorias de situações típicas susceptíveis de originarem o dever de indemnizar previsto neste preceito não se cingem, como preconizou Rudolph von Jhering, às hipóteses de *invalidade do contrato* por vício imputável a facto culposo de uma das partes (*v.g.* a incapacidade que uma das partes tenha ocultado à outra, a falta ou vícios da vontade, a falta ou abuso de poderes de representação, a impossibilidade ou ilicitude do objecto, etc.), antes compreendem a celebração de um *contrato válido com violação de deveres de conduta decorrentes da boa fé*.

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

iii) Em contrapartida, não parece susceptível de ser reconduzido ao artigo 227.º o *incumprimento de obrigações voluntariamente assumidas pelas partes quanto aos preliminares e à conclusão dos contratos*, por exemplo através de *acordos de negociação* ou *de princípio*, pelos quais as partes se vinculam a iniciar ou a prosseguir negociações com vista à conclusão futura de um contrato, ou ainda de acordos de confidencialidade, mediante os quais uma ou ambas se obrigam a não divulgar informações obtidas no decurso das negociações.

O incumprimento de tais acordos – que têm encontrado acolhimento sobretudo na contratação internacional – dá lugar a uma forma de responsabilidade cujos pressupostos e conteúdo são em ampla medida determinados pela vontade das partes; razão por que a mesma não se confunde com a responsabilidade por violação de deveres legais de que se ocupa o artigo 227.º.

iv) Outro aspecto saliente deste preceito prende-se com a *sanção* nele consignada para os comportamentos pré-contratuais ofensivos da boa fé, a qual consiste unicamente na *obrigação de indemnizar*.

Fica assim excluída a *execução específica* do contrato projectado quando as negociações tendentes à sua celebração se hajam malogrado.

Não menos relevante é a circunstância de se indicar no n.º 2 do preceito em apreço o prazo prescricional a que o direito de indemnização fica sujeito, o qual é, por força da remissão feita para o artigo 498.º do Código, de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento desse direito.

v) Finalmente, é digno de nota um *aspecto metodológico*: ao contrário do que sucedia no anteprojecto de articulado sobre esta matéria de 1957, o legislador não indicou no artigo 227.º, sequer exemplificativamente, quais os deveres pré-contratuais de conduta cuja violação dá origem ao dever de reparar danos causados a outrem.

Apenas se consigna nesse preceito o *critério ético-jurídico* à luz do qual as condutas das partes hão-de ser valoradas: a boa fé.

Confia-se assim aos tribunais a determinação em concreto daqueles deveres, o que estes não-de fazer atendendo às concepções dominantes no tráfico jurídico.

O artigo 227.º é, nesta medida, uma disposição emblemática de um certo afrouxamento da vinculação do julgador à lei e do reconhecimento a este de um poder modelador, que aflora noutros lugares do Código.

III – Legislação especial

Um dos aspectos salientes da evolução recente do instituto é a proliferação, em legislação extravagante, de deveres pré-contratuais de conduta que visam sobretudo a protecção da parte mais fraca e cuja violação é susceptível de ser sancionada com o dever de indemnizar os danos desse modo causados.

Podem apontar-se como exemplos desse fenómeno, no Direito angolano:

- O art. 3.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, que impõem ao contraente que recorra a tais cláusulas certos deveres de comunicação e informação à contraparte;
- O artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor, que coloca a cargo do fornecedor de bens ou serviços um dever de informação nas negociações e na celebração de contratos com consumidores.

Trata-se de uma faceta da *descodificação do Direito Privado*, que caracteriza o nosso tempo, traduzido na regulação à margem do Código de vastas áreas do Direito Civil.

Esta é fruto da crescente intervenção do Estado na vida social, em particular nas actividades económicas, a qual levou à adopção nas últimas décadas, em Portugal e noutros países europeus, de um vastíssimo número de diplomas avulsos em matéria civil, muitos dos quais resultantes da transposição de Directivas comunitárias.

As vantagens da consagração legal de específicos deveres pré-contratuais de conduta parecem-nos, todavia, superar os seus inconvenientes, porquanto ela contribui para a certeza do Direito e para a segurança do tráfico jurídico.

IV - Desenvolvimento do regime legal pelos tribunais

Gostaria agora de vos dar conta, sumariamente, de como se tem desenvolvido este instituto na jurisprudência dos tribunais portugueses.

Para o Supremo Tribunal de Justiça português, são requisitos da responsabilidade *in contrahendo*:

- i. Um *facto voluntário*, positivo ou omissivo do agente;
- ii. A *ilicitude* desse acto;
- iii. A *culpa* do agente; e
- iv. A verificação de um *dano* causalmente ligado ao acto.

Consideremo-los separadamente.

a) Facto ilícito

A fim de surpreender a ilicitude, afirma a mesma instância, há que apurar se existe um *dever jurídico* de actuação pelo agente e se ele foi violado sem justificação.

Uma das questões que mais frequentemente têm reclamado a atenção dos tribunais na aplicação do artigo 227.º do Código Civil consiste na definição dos deveres de actuação impostos pela boa fé nos preliminares e na formação dos contratos, bem como dos seus pressupostos e limites.

i) Entre esses deveres avultam os de *informação*. Estes tanto podem ser *violados por acção*, portanto com indicações inexactas, como *por omissão*, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer.

Impende, pois, sobre as partes durante a formação do contrato um *dever de omitir informações falsas*, susceptíveis de induzir a contraparte em erro.

Além desta *vertente negativa* do dever de informar, existe uma outra, de *carácter positivo*. Segundo o Supremo Tribunal de Justiça, a boa fé impõe, por exemplo, que o proprietário de um prédio informe o respectivo adquirente, antes da formalização da venda, de que ia modificar ou já modificara o contrato de arrendamento de uma fracção do prédio vendido. E no caso da venda de

coisa onerada ou defeituosa existe para o vendedor o dever de informar o comprador da existência de vícios de que aquele tenha conhecimento.

No entanto, precisou o Supremo Tribunal de Justiça, «[p]ara que recaia sobre uma das partes o dever de informar, necessário se torna, em geral, que ela saiba (ou deva saber) que a outra parte desconhece (ou desconhecerá normalmente) determinada qualidade ou circunstância que tenham relevo para uma formação de vontade esclarecida».

Por outro lado, o dever de informar é limitado por um correspondente dever, a cargo de cada uma das partes, «de bem se esclarecer, com vista à formação daquela vontade». Com este fundamento, o Supremo recusou que um banco tivesse o dever de prestar por sua iniciativa informações sobre o risco de alterações cambiais a uma empresa a que havia proporcionado financiamentos em moeda estrangeira.

Mais recentemente, o mesmo tribunal entendeu que não constitui violação das regras da boa fé a omissão da indicação de um preço nos primeiros contactos estabelecidos entre as partes para a celebração de um contrato, apesar de aquele ser muito superior ao de idêntico serviço prestado cerca de um ano antes.

Não parece, pois, existir na ordem jurídica portuguesa um *dever geral de informar ou esclarecer* a contraparte acerca da totalidade das circunstâncias de facto e de Direito determinantes da decisão de contratar: o dever de informar apenas existe onde o padrão de diligência exigível ao comum das pessoas não requiera que o contraente obtenha, designadamente da contraparte, as informações e explicações necessárias a fim de se esclarecer.

ii) A boa fé impõe, em segundo lugar, a observância do *dever de lealdade ou de negociação honesta*. Dele resultam, como corolários:

- O dever de segredo relativamente a informações confidenciais obtidas no decurso das negociações; e
- A ilicitude, em determinadas circunstâncias, do rompimento destas.

iii) O *rompimento de negociações* é tido como ilícito pelo Supremo nas hipóteses em que:

- Uma das partes faça *malograr intencionalmente* negociações que normalmente conduziriam a um resultado positivo, v.g. pondo condições ou fazendo exigências destituídas de justificação económica ou de oportunidade, que obriguem a outra parte a desistir do negócio;
- Bem como nas situações em que, tendo uma das partes criado à outra uma convicção razoável de que contrataria com ela, rompe, arbitrária e culposamente, as negociações verbais encetadas, pela recusa de outorgar, dentro do prazo acordado, na escritura pública necessária para a válida celebração do contrato;
- E ainda quando o rompimento das negociações possa ser configurado como um abuso do direito de não contratar.

Em contrapartida, não incorre em violação dos deveres de boa fé nas relações pré-contratuais aquele que advertir a contraparte de que a celebração do contrato constitui uma *mera eventualidade* e der por findas as relações pré-contratuais ao verificar a impossibilidade de celebrar o contrato.

b) Culpa

Nos termos do artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil, é em princípio exigível a culpa como pressuposto da responsabilidade pré-contratual.

A apreciação da culpa na formação dos contratos deve fazer-se nos termos aplicáveis à responsabilidade civil em geral, i. é, na falta de outro critério legal, pela *diligência de um bom pai de família* em face das circunstâncias do caso (artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil).

A diligência exigível aos negociadores não é, todavia, a mesma nas negociações entre profissionais de determinado ramo da actividade económica e nas negociações entre estes e particulares, pois é merecedora de maior censura a violação de certos deveres pré-contratuais de conduta - *maxime* o de informação - no segundo caso.

Admite-se na jurisprudência portuguesa a concorrência de culpa do lesado, traduzida, por exemplo, na omissão dos cuidados, precauções e cautelas usuais no tráfico jurídico. Neste caso, pode a indemnização ser excluída.

Para o Supremo Tribunal de Justiça, a *culpa in contrahendo* presume-se, nos termos do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, naquele que deu causa à deficiência ou não conclusão do contrato.

c) Dano

Quanto à extensão do dano indemnizável por culpa na formação dos contratos, são duas as principais soluções que têm sido aventadas na jurisprudência portuguesa.

De acordo com certo entendimento - acolhido na maioria dos arestos dos tribunais superiores - a obrigação de indemnizar consagrada no artigo 227.º do Código Civil visa essencialmente o ressarcimento do *interesse negativo ou de confiança*.

Neste inclui-se tanto o *dano emergente* (as despesas efectuadas por causa das negociações) como o *lucro cessante* (os benefícios que o lesado teria auferido em virtude de oportunidades negociais falhadas se não se tivessem iniciado as negociações) resultantes da imperfeição ou ineficácia do contrato.

Uma corrente jurisprudencial minoritária admite a indemnização, nos termos gerais, de todos os danos causados pelo ilícito pré-contratual, incluindo, por conseguinte, o *interesse positivo ou de cumprimento*. No Direito vigente esta solução encontraria apoio na circunstância de o artigo 227.º não estabelecer qualquer restrição quanto ao dano indemnizável, bem como no princípio da restauração natural, que rege a obrigação de indemnizar segundo o artigo 562.º do Código Civil.

Em regra, haverá lugar à concessão de uma *indemnização por equivalente*. A respeito desta, afirmou a Relação de Lisboa que no caso de ruptura de negociações só são ressarcíveis as despesas feitas após o momento em que foi «razoavelmente criada na outra parte a convicção de que o contrato se concluiria»; «[a]s despesas feitas antes desse momento correm por conta e risco de quem as fez».

São, além disso, ressarcíveis os *danos não patrimoniais* graves sofridos *in contrahendo*.

O Supremo admite ainda, como forma de restauração natural, a *redução da contraprestação* a cargo de uma das partes.

d) Nexo de causalidade

A fim de que se constitua a obrigação de indemnizar por culpa na formação dos contratos, exige-se ainda um nexos causal entre os danos sofridos *in contrahendo* e o facto gerador da lesão.

Esse nexos deve ser aferido nos termos da doutrina da *causalidade adequada*. Assim, será juridicamente relevante, para o Supremo Tribunal de Justiça, «a causa em abstracto adequada à produção dum dano segundo as regras da experiência comum ou conhecidas do lesante» ou aquela que é «apropriada à produção do efeito segundo um critério de normalidade».

Do conceito de causalidade adequada extrai o Supremo o corolário de que o «essencial é que o facto seja condição do dano», nada obstando a que ele seja «apenas uma das condições (adequadas) desse dano».

V – Natureza da responsabilidade por culpa na formação do contrato

Do exposto até aqui conclui-se que o regime da indemnização do dano *in contrahendo* consignado no artigo 227.º do Código Civil e desenvolvido pela jurisprudência não se reconduz quer ao da responsabilidade delitual quer ao da responsabilidade contratual.

Com efeito:

- A responsabilidade prevista naquele preceito tem por fundamento a *violação de uma obrigação*; no entanto, o regime de prescrição que lhe é aplicável, nos termos do seu n.º 2, é o da responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional.
- Exige-se, por outro lado, a *culpa do lesante*; mas esta deve ser presumida nos termos do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, que é privativo da responsabilidade contratual.
- Por último, as indemnizações arbitradas pelos tribunais não visam exclusivamente reconstituir o *statu quo* anterior à lesão nem

satisfazer a expectativa do lesado num bem que este obteria através do cumprimento do contrato projectado: ambas as finalidades têm sido prosseguidas através da imposição de responsabilidade pré-contratual, consoante a natureza do facto indutor do dano.

O regime da responsabilidade pré-contratual tem assim, uma *natureza híbrida ou mista*.

O que é inteiramente condizente com a índole - ela própria híbrida - das situações de culpa na formação dos contratos, localizadas numa «*zona cinzenta*» entre as que dão lugar à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual.

VI – Balanço

Que balanço pode fazer-se deste regime?

Pensamos que, dentro do quadro fundamental de opções em que se insere, o artigo 227.º do Código colocou o Direito português e o angolano a par das legislações estrangeiras mais avançadas na matéria.

Algumas reformas legislativas recentemente empreendidas noutros países não foram substancialmente mais longe do que esse preceito na consagração do dever de indemnizar danos causados nos preliminares e na formação dos contratos.

Assim, por exemplo:

- O Código Civil holandês de 1992, embora represente o culminar de um longo processo de aproximação ao Direito germânico (patente, v.g. na consagração do princípio da boa fé em matéria contratual, constante do artigo 6:248, n.º 1), é omissivo quanto à culpa na formação dos contratos.
- E na reforma do Código Civil alemão levada a cabo pela Lei para a Modernização do Direito das Obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), de 2001, bem como no Código Civil brasileiro de 2002, deparemos ainda com a ideia – que, como dissemos, o nosso Código já acolhe – de uma *relação obrigacional nascida nos preliminares do contrato*.

A utilização que a jurisprudência tem feito daquele preceito foi, no entanto, sobretudo nos primeiros anos após a entrada em vigor do Código Civil em Portugal, relativamente modesta. Só a partir dos anos 90 se registou um aumento dos casos respeitantes a responsabilidade pré-contratual nos tribunais portugueses, o que reflecte uma utilização mais ampla da figura. O que revela também uma progressiva consciencialização dos ditames da boa fé por parte da comunidade, que é de saudar.