

# *Culpa in contrahendo*

OU INDEMNIZAÇÃO EM CONTRATOS NULOS  
OU NÃO CHEGADOS À PERFEIÇÃO

por

*Rudolf von Jhering*

Tradução e nota introdutória de

PAULO MOTA PINTO

  
ALMEDINA

## II

## Fundamentação da teoria da culpa in contrahendo

A exposição antecedente tentou mostrar, apoiando-se nas fontes, os momentos essenciais dos quais depende a nossa pretensão indemnizatória, mas deste modo não se obtém ainda, de modo algum, uma ideia da sua natureza jurídica. Um certo juízo sobre esta não é, porém, indispensável apenas na perspectiva do interesse teórico, mas antes também para o objectivo de um tratamento dogmático pormenorizado da relação. Como observámos, as próprias fontes não nos dão resposta *directa* sobre esta questão, mas em minha opinião os pontos de apoio que elas conferem são claramente suficientes para tal resposta.

Tomemos desde logo a hipótese – e na verdade esta existe realmente na *actio in factum* especial (p. 7) – de o direito positivo se ter apenas limitado a reconhecer a obrigação de indemnização para alguns casos específicos e importantes de aplicação do nosso princípio, por exemplo, os do lapso de escrita ou da revogação da proposta entre ausentes, sem acrescentar o que quer que fosse sobre a natureza jurídica da mesma. Como teríamos de a construir juridicamente?

O facto de, sob o ponto de vista jurídico, o contrato não ter de todo chegado a formar-se remeter-nos-ia, parece que necessariamente, para o campo da lesão extracontratual, e na medida em que não quiséssemos manter a acção totalmente isolada e por explicar, como uma irregularidade jurídica<sup>24</sup>, teríamos apenas a escolha entre a ligação à *actio de dolo* ou à *actio legis Aquiliae*. Contra ambas as acções levantam-se as mais fortes objecções. Com efeito, apenas poderiam ser utilizadas para este fim se abstraíssemos, na *actio doli*, do momento do *dolus*, e na *actio*

<sup>24</sup> Não sei se sou injusto com THÖL ao aplicar esta qualificação às acções que ele (*Handelsrecht*, I, § 57, 3.<sup>a</sup> ed., p. 242) quer conceder em caso de revogação da proposta ao oblato (permita-se-me esta expressão formada a partir do modelo de delato) prejudicado por aquela. THÖL não acrescenta qualquer nota para caracterização dessas acções, pois a razão que indica – “ele [destinatário] tem um direito segundo a boa fé a esse pressuposto (isto é, que o proponente se mantenha fiel à proposta)” – deixa totalmente indeterminada a natureza desse direito, bem como a natureza da pretensão indemnizatória resultante da sua lesão. Quererá referir-se à *act. de dolo*?

*legis Aquiliae* da específica *forma* de lesão. Obter-se-ia, dessa forma, uma acção que se situaria a meio caminho entre ambas, tomando de empréstimo da última a *culpa* e da primeira a indiferença em relação à específica forma de lesão, ou, por outras palavras, obter-se-ia a proposição jurídica segundo a qual a *culpa* extracontratual fundamenta sem mais uma obrigação de indemnização. Já se mostrou (p. 10) onde conduziria uma tal proposição jurídica. A limitação da eficácia obrigatória da *culpa* à forma da culpa *aquiliana*, isto é, à lesão *visível*, material, de objectos *exteriore*s (coisas ou pessoas), não é, na verdade, uma determinação positiva do direito romano, antes estando fundamentada na natureza das coisas, e justamente por essa razão é que os juristas romanos sempre respeitaram tal fronteira, apesar de toda a liberdade que se permitiam na extensão da acção aquiliana. Que para além dela ainda existem casos de lesão danosa, é o que lhes foi quotidianamente recordado pela *actio doli*, e se, não obstante, limitaram o dever de indemnizar para casos deste tipo ao pressuposto do *dolus*, tal ensina, de forma clara, que determinaram correctamente a necessária relação de dependência que existe, por um lado, entre a *culpa* e a forma limitada de lesão, e, por outro lado, entre a forma ilimitada de lesão e o *dolus*. Esta ausência de limitação consiste na *actio doli* em dois pontos: em primeiro lugar, substitui-se aqui ao objecto *individual exterior*, necessário no *damnum injuria datum*, o conceito geral e abstracto de *património* – este último pode ser diminuído sem que seja atingido um qualquer elemento exterior integrante do mesmo, como, por exemplo, quando uma pessoa é levada, por *dolus* de outra, à aceitação de uma fiança prejudicial; depois, verifica-se, em vez de uma forma de intervenção prejudicial *mecânica*, exterior, visível, imediata, uma mediata, exteriormente não reconhecível como tal. Um conselho, uma informação falsa, uma recomendação, etc., dados com intenção dolosa não se revelam exteriormente, de modo algum, como intervenções numa esfera jurídica alheia, não são *em si* um ilícito e também não têm *em si* como resultado um dano, antes obtêm este carácter e esta consequência apenas pelo tipo da sua relação com a *vontade* de ambas as partes, quer a do demandado – o carácter do *ilícito* pela censurabilidade da *directão* de vontade – quer a do demandante – a *influência prejudicial* mediante a *determinação* de

vontade por eles causada. Ora, sendo verdadeiramente impossível, segundo vimos, viabilizar a nossa pretensão indenizatória pelas referidas duas hipóteses de lesão extracontratual – e outras não se oferecem –, nada mais resta a não ser abrir totalmente mão da ideia do caráter *extracontratual* da culpa que lhe está subjacente, e seja reconhecer que aquela pretensão é totalmente impossível de construir, seja tentar ver se, apesar da nulidade do contrato, ela se deixa reconduzir à perspectiva da culpa contratual. Isto, desde logo, devido à sua *ocasião* exterior. É a conclusão, visada e conseguida exteriormente ou na aparência, de um *contrato* que se repete em todos os casos de aplicação dessa pretensão, e que logo à partida nos tem de conduzir a presumir que a natureza específica da nossa pretensão indenizatória está encerrada na ligação que se dá aqui entre a *culpa* e a *relação contratual*. Chama muito a atenção que, para além desse círculo claramente delimitado, se revele uma impossibilidade a ideia de atribuir à *culpa* uma eficácia vinculante sem mais, do mesmo modo que, dentro dele, aparece como necessidade imposta pelas exigências da justiça (pp. 2-6).

Aquela ligação entre a *culpa* e a *relação contratual* poderia hipoteticamente ser tão-só exterior, isto é, a própria *culpa* poderia ser *extracontratual*, apenas encontrando na conclusão exterior do contrato a possibilidade *fáctica* para sua realização, sem, todavia, ser minimamente influenciada na sua natureza jurídica por esta ligação com o contrato. Simplesmente, a ligação é realmente interna, a *culpa* que aqui nos aparece é bem daquele mesmo tipo que, afora estes casos, só conhecemos em relações contratuais. Não existiriam de todo dificuldades em indicar, para os diversos tipos da nossa *culpa* (v. *infra*, III), decisões análogas das nossas fontes, mas todas apenas concernentes a relações contratuais, e nenhuma para relações *extracontratuais*. Assim, podem, por exemplo, mobilizar-se: para a obrigação do mandante de indemnizar o mandatário que executou o mandato não aperfeiçoado, devido à morte ou à revogação do primeiro, os passos que afirmam essa obrigação para o caso do mandato perfeito mas que se extinguiu devido àquelas circunstâncias<sup>25</sup>;

<sup>25</sup> l. 26 pr. § 1 Mand. (17. 1) ... nam mandatum solvitur morte; si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. l. 58 pr. *ibid.*

para a obrigação no caso de comunicações telegráficas (p. 5), a l. 29 §1, 2 *mand.* 17. 1; para a obrigação de ressarcir o dano em caso de revogação da proposta ou da promessa ao público, a l. 5 p. *de cond. caus. d.* (12. 4). Se, em especial, considerarmos o caso, acima referido, do lapso de escrita, ninguém terá dúvidas, nem de que um tal lapso não obriga nas relações *extracontratuais* – apesar de poder aqui causar os maiores danos, tal como em relações *contratuais* –, nem de que numa *relação contratual formada* ele obriga a indemnizar. Se esse lapso dever ter o mesmo efeito numa *relação contratual em formação*, tal não é diferente de o sujeitar aos princípios sobre a responsabilidade *contratual*. E do mesmo modo o erro, a escolha errada do nuncio, etc.: em relações *extracontratuais* não têm qualquer significado, em relações *contratuais* obrigam a indemnizar.

Um critério seguro da *culpa* contratual é, segundo o direito romano, a transmissão da obrigação para os herdeiros; onde falta a transmissão, a *culpa* é *extracontratual*, onde existe, é *contratual*. Não será de todo necessário observar que na nossa acção de indemnização tem de admitir-se a transmissão. Desta forma já se decidiu mediatamente, porém, que se trata aqui de uma pretensão de tipo *contratual*<sup>26</sup>.

Quando RICHELMANN, *ob. cit.*, p. 138, se serve deste passo para o fim de provar “que não pareceu algo anormal aos romanos admitir uma indemnização a partir de uma acção nula segundo os seus efeitos principais, na medida em que não fazia diferença que existisse a nulidade desde o início ou apenas a partir de certo momento”, não posso acompanhá-lo. Pois é diferente atribuir uma acção a partir de um mandato que não ficou de todo perfeito e deixar continuar a existir a força *obrigatória* de uma relação de mandato que já existiu, depois de se ter verificado um evento que fez cessar a *qualidade de representante* do mandatário; o “*mandatum solvi*” apenas se reporta ao primeiro, mas não ao segundo aspecto. Pela mesma razão, tive também de rejeitar o apoio que um colega de ofício pensou poder dar à minha teoria com a l. 5 pr. *de cond. c. d.* (12.4), *cit. no texto*. Em todo o caso, este passo trata do interesse *contratual* negativo, e atribui a uma das partes a obrigação de ressarcir os custos da outra parte, frustrados com a revogação; simplesmente, o contrato já se tinha aqui aperfeiçoado, e apenas foi posteriormente dissolvido.

<sup>26</sup> ULPIANUS destaca na l. 8 § 1 *de relig.* (11. 7) esta relação da transmissão da acção com a sua natureza *contratual*: *in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.*

Aquilo que, até agora, se tentou mostrar ser necessário por razões de construção jurídica encontra inteira confirmação por parte da *iurisprudencia* romana, ao conceder a *acção contratual* (*actio emti*) para fins de indemnização. Como se sabe, a designação da acção não é, na boca do jurista romano, um mero nome, ou algo com significado meramente *processual*, mas antes a expressão da natureza jurídico-material da relação subjacente. Traduzida na linguagem do direito material, a *actio emti* no nosso caso tem, portanto, o seguinte significado: a pretensão de indemnização baseia-se numa vinculação *contratual*.

Mas como é isto possível, uma vez que o próprio contrato é nulo? Se esta "nulidade" ou "*nullam esse emptionem*" significasse o mesmo que a *total* falta de efeitos do contrato, uma *actio emti* a partir de um tal contrato seria um absurdo. A concessão da *actio emti* é uma prova segura de que o contrato produziu *determinados* efeitos, e a expressão "nulidade" apenas pode, portanto, quando deva ser usada de modo adequado, ter um sentido limitado, não predicando a ausência de *todos*, e antes apenas de *determinados* efeitos. O fim de qualquer contrato é o *cumprimento*, o efeito visado consiste, portanto, na criação de uma *vinculação ao cumprimento*. Se, porém, este efeito estiver excluído por falta de uma qualquer exigência indispensável, e se o fim verdadeiro do contrato estiver, portanto, frustrado, designamo-lo como *nulo*, e determinamos, assim, os conceitos de validade e de nulidade do contrato segundo o *principal fim práctico* do contrato. Simplesmente, é perfeitamente conciliável com isso que o contrato possa originar obrigações de outro tipo, na medida, tão-só, em que elas se não dirijam ao *cumprimento*, mas antes, por exemplo, à *restituição* da coisa entregue ou do sinal ou à indemnização<sup>27</sup>. A característica de uma coisa como *res extra commercium* exclui necessariamente a possibilidade do *cumprimento*, mas não a de uma outra vinculação resultante deste contrato. As partes consentiram, todos os restantes requisi-

<sup>27</sup> Assim se explica que, nos casos em que a maioria dos juristas romanos fala de uma nulidade, outros puderam falar da existência de um contrato. V. por ex. a *l. 4 70 de cont. emt.* (18. 1) e outras *cits.* na n. 63. Aqueles têm em vista o efeito principal, estes o acessório. Voltarei *infra* (III) às fontes.

tos do contrato estão presentes, com excepção da idoneidade do objecto, por que razão não haverá então o mesmo de originar uma vinculação entre elas, na medida em que esta não tem como finalidade a prestação do próprio objecto?

Ao antigo direito romano, esta observação pode ter parecido demasiado subtil e artificial; pelo menos não conheço nenhum caso em que tenha levado à aplicação deste regime. Mas existem, pelo menos, duas provas indubitáveis de que o direito tardio foi conduzido a ela. Em primeiro lugar, a concessão da *actio venditi* com base num contrato de compra e venda concluído sob condição resolutiva, após verificação da condição. Juridicamente, a situação é aqui, consabidamente, como se o contrato nunca tivesse sido concluído, sendo o caso inteiramente equiparado ao do contrato nulo desde o início. Simplesmente, mesmo quando o efeito principal do contrato está excluído, não estão por isso afastados os efeitos acessórios; ele pode ter produzido efeitos que apenas se deixam afastar adequadamente por via obrigacional, e o direito posterior reconheceu aqui por isso, com bons motivos, a *acção contratual*<sup>28</sup>.

O segundo caso é o nosso<sup>29</sup>. Não será desajustado introduzir a sua exposição com um paralelo interessante, que aquele encontra no campo

<sup>28</sup> *L. 6 § 1 de contr. emt.* (18. 1), *l. 16 de in diem* (18. 2), *l. 4 pr. de leg. comm.* (18. 3), *l. 6 de est. vend.* (18. 5). Pode discutir-se se deve também incluir-se aqui o caso de o contrato ter sido inicialmente concluído como válido, mas o seu fim principal ter posteriormente decaído, seja por influência do acaso (*l. 33 Loc. 19. 2 si fundus publicatus, tenaris ex emto, ut pretium restituas*), seja por revogação lícita do contrato (*l. 11 § 6 de act. emt.* 19. 1, *l. 2 Cod. de pact. int.* 4. 54). A *acção contratual* é também aqui algo diverso daquela que se dirige ao cumprimento.

<sup>29</sup> Não faltam no direito romano outros afloramentos análogos. A *act. emti* no caso da nulidade do contrato não é nem mais nem menos do que a *act. mandati contraria* num caso em que a *directa* é impensável, por causa de falta de interesse na pessoa do mandante, ou seja, no *mandatum qualificatum*; ou a *act. communi dividendo*, dirigida ao ressarcimento das despesas depois da perda da compropriedade (*l. 6 § 1, l. 11, l. 14 § 1, Comm. div.* 10. 3); por outras palavras, todos estes casos apenas pertencentes aos direitos tardios representam para nós a *acção* na sua direcção a fins secundários, em circunstâncias em que a própria relação, segundo o seu fim principal, não subsiste juridicamente.

dos direitos reais. O mesmo fenómeno que ele representa quanto à acção contratual é representado pelo último quanto à acção real. Tal como a *actio emti* exige em regra a validade do *contrato*, também a *rei-vindicatio* requer a *posse* na pessoa do demandado. Em dois casos ela está, como se sabe, desligada desta exigência: *si dolo quis desiit possidere* e *si liti se obtulit*, e aqui ela assume bem a mesma natureza que a *actio emti* tem no nosso caso: a de uma *acção de indemnização*<sup>30</sup>. Tal como no nosso caso o demandante acusa o demandado justamente com base na inexistência dos requisitos do contrato, também aqui o mesmo se verifica, apenas com a diferença, fundada na distinção entre a relação contratual e extracontratual, de que essa acusação é condicionada pelo *dolus*. A semelhança na função de ambas as acções é muito clara, designadamente, no caso *si quis liti se obtulit*. Aqui, como ali, o demandante sofreu prejuízos por, devido a culpa do demandado, ter sido conduzido à convicção errada sobre a relação subjacente à acção, e, desse modo, a actos prejudiciais<sup>31</sup>.

A análise antecedente mostrou-nos que a *actio emti*, na sua função como acção de indemnização em caso de nulidade do contrato, nem é um fenómeno isolado nem inexplicável, antes, se despida das suas invulgares vestimentas, não contém mais do que a simples proposição: a conclusão do contrato não origina meramente uma vinculação ao *cumprimento*, mas antes também, em certas circunstâncias, quando este efeito está excluído por causa de um qualquer obstáculo jurídico, uma obrigação de *indemnização*; a expressão “nulidade” do contrato designa, segundo a terminologia romana e actual, apenas a ausência *daquele* efeito, mas não a de *todos* e quaisquer efeitos.

Se com isto fica, é certo, provada a *possibilidade jurídica* da acção de indemnização contratual, esta última requer ainda, porém,

<sup>30</sup> No segundo dos dois casos, a acção dirigia-se segundo o direito antigo (l. 45 de *her. pet.* 5. 3, l. 39 de *dolo* 4. 3) simplesmente a uma indemnização, segundo o direito posterior (l. 25-27 pr. de *reiv.* 6. 1) também à pena; no primeiro caso ela ora atribui aquela, ora esta – l. 95 § 9 de *solut.* (46. 3).

<sup>31</sup> Um dos passos citados na n. anterior, a l. 45 de *her. pet.*, emprega para tanto as mesmas palavras que MODESTINUS e as Institutas (p. 6) para a nossa acção: *quantum ejus interfuit non decipi*.

em vários aspectos, explicação e determinação mais precisa. São sobretudo duas as questões que requerem resposta: a do *fundamento* e a do *alcance*. Onde se fundamenta essa acção? Funda-se simplesmente numa disposição legal arbitrária, ou pode-se retirar-se da natureza e das necessidades internas da relação contratual? E além disso, é ela limitada aos dois casos das fontes, ou é de estender a outros casos semelhantes, por exemplo, de nulidade do contrato por incapacidade da pessoa, por erro, etc.?

Qual é, pois, o fundamento ou a razão legislativa da nossa acção? Poder-se-ia pensar em relacioná-la com a protecção que o Direito atribui ao *bonae fidei possessor*. Tal como o último é proprietário putativo, assim também o comprador é na nossa relação contraente putativo. Em ambos os casos, um impedimento existente na pessoa do seu autor opõe-se ao surgimento do direito, mas ambos ignoram esse impedimento, acreditam, portanto, na existência desse direito. Tal como, em várias relações<sup>32</sup>, o Direito ligou a esta existência putativa os (ou pelo menos certos) efeitos da relação objectivamente existente, também se poderia ver na nossa acção apenas um afloramento deste pensamento geral de protecção de relações putativas. Que o campo do direito das obrigações não está fechado a esse pensamento, é o que ensinam, por um lado, a *actio protutelae* ou a acção contra o tutor putativo, e, por outro lado, o pagamento putativo, isto é, a força liberatória que em certas circunstâncias é atribuída a um pagamento efectuado ao credor putativo, em vez de ao real<sup>33</sup>. Ainda assim, temos de rejeitar decididamente aquela ideia. Pois a *actio emti* do nosso comprador putativo não segue o modelo da acção do real – segui-lo-ia se fossem correctas as ideias, combatidas a p. 14, dos autores aí mencionados –, antes é uma *acção de indemnização* totalmente diversa desta, e além disso, é impossível que o legislador tomasse a simples boa fé do comprador como fundamento para impor a obrigação de indemnizar ao vendedor, que

<sup>32</sup> Propriedade, título putativo de usucapião, *jura in re aliena*, casamento putativo, *liber bona fides serviens*, capacidade putativa da testemunha levada a presenciar solenidades (l. 1 Cod. de *test.* 6. 23), do funcionário (3 de *off. Praet.* 1. 14), etc.

<sup>33</sup> l. 32; l. 34 § 3, l. 51 de *solut.* (46. 3), e outros.

também pode estar de igual boa fé. A regra adequada apenas se deixa justificar se simultaneamente se basear num momento na pessoa do *vendedor*. A custas de terceiro, o *bonae fidei possessor* nunca é protegido, e em caso de *bonae fidei possessio* de ambas as partes tem precedência o demandado.

A razão legislativa da nossa acção não pode, portanto, ser procurada, como teria de ser segundo aquela ideia, na *bona fides* do comprador, e a acção não pode de todo ser colocada em paralelo com a do verdadeiro comprador. Temos, antes, de nos ater ao facto de ela ser uma *acção de indemnização*, e tentar em conformidade apurar se este ponto de vista nos pode abrir o seu entendimento. O pressuposto normal da obrigação de indemnização é, do lado do demandado, a *culpa*. Se conseguirmos provar esta na nossa acção, está assim resolvida a questão do seu *fundamento*.

Quando a lei vincula o vendedor à prestação de uma indemnização em ambos os casos nossos conhecidos, faz-lhe desse modo a acusação seguinte: tu não devias ter de todo concluído o contrato, pois devias ter conhecido o seu impedimento, e pelo teu desconhecimento a contraparte sofreu danos. É, porém, impossível ignorar que a realidade pode, em certas circunstâncias, apresentar-se de tal modo que esse impedimento podia permanecer desconhecido, por melhor que fosse a vontade do vendedor – assim, por exemplo, quando a venda incidia sobre uma coisa legada, situada longe e que ele nunca conheceu. Que o vendedor também tem de responder num tal caso, é conclusão que não sofre dúvida, não só segundo o padrão das expressões contidas nas fontes, como por corresponder também à equidade. Pois quando se chega a tratar de saber se deve ser ele ou o comprador a sofrer sob as consequências do desconhecimento do primeiro, a escolha não pode ser duvidosa. Simplesmente, pode falar-se aqui de uma *culpa* da parte do primeiro?

Não duvido de que, ao responder afirmativamente a esta questão, me exponho a divergências, e não sei se conseguirei eliminá-las, mas, ainda assim, estou pessoal e firmemente convencido de que um jurista romano não se teria recusado a designar o desconhecimento do vendedor, sem mais – sem considerar as circunstâncias individuais –, como *culpa*.

A mesma questão, de saber se o não conhecimento pode, sem mais, ser posto a cargo do vendedor, põe-se igualmente para as acções edilícias, quanto aos vícios e defeitos ocultos. O edicto tornou, como se sabe, o vendedor responsável sem mais por estes, sem considerar o seu conhecimento ou desconhecimento. Ulpianus tenta justificar esta determinação, na *l. 1 § 2 de aed. ed.* (21. 1), dizendo que o vendedor *devia* ter conhecido os defeitos, e que podia ser indiferente para o comprador saber se sofreu prejuízos devido ao desconhecimento ou à astúcia do vendedor<sup>34</sup>. Ulpianus considera, portanto, estar sem mais a cargo do vendedor o desconhecimento do defeito, apesar de lhe não poder escapar que este desconhecimento, em certas circunstâncias, pode ser tão desculpável como no caso mencionado. A mesma argumentação é usada por ele para a *actio emti*, quando foi prometida a ausência de defeitos:

l. 13 § 3 *De act. emti* (19. 1) ... *et putem teneri. Atquin ignoravit. Sed non debuit facile, quae ignorabat, adseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest: qui scit, praemonere debuit furem esse; hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.*

O desconhecimento do vendedor pode, pois, ser apesar de tudo totalmente desculpável (pense-se, por exemplo, no caso de o vendedor ser cego); ainda assim, há uma *culpa* no facto de *vender*; quem não está inteiramente certo das suas coisas, não *deve* vender: *non debet esse facilis ad temerariam indicationem (venditionem)*. É de todo dispensável observar que não faz qualquer diferença que as qualidades tenham sido *expressamente* prometidas, ou, como por exemplo a idoneidade jurídica do objecto, que tenham sido *tacitamente* asseguradas mediante a conclusão do contrato.

Simplesmente, nos referidos passos não é de todo utilizada a expressão *culpa*. Com certeza! Mas se o jurista faz uma acusação ao

<sup>34</sup> *etiamsi ignoravit... tamen teneri debere; nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.* SCHULTING, *Not. I ad Dig. ad h. l.*, remete para CÍCERO, *de offic.*, III, 17: *qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium.*

vendedor por causa do seu desconhecimento, se ele lhe censura que teria *podido* e *devido* conhecer os vícios, e justifica assim a sua *responsabilidade*, o que é isto senão uma censura de *culpa*?

Objectar-se-á ainda: uma tal *culpa*, que é determinada abstractamente sem consideração das circunstâncias individuais, não é mais do que uma *culpa* ficcionada, uma *praesumptio juris e de jure* da mesma. Ora, eu concedo de boa vontade que a existência da *culpa* é, ao menos em regra, determinada individualmente pelos romanos, de tal modo, portanto, que uma acção não vale sem mais como culposa, ou que, quando vale presuntivamente como tal (como, por exemplo, a presunção de que se abandonou a coisa), se admite, porém, a contraprova da ausência de culpa. Simplesmente, por outro lado, não faltam de todo exemplos em que os juristas romanos, como no nosso caso, reconduziram à *culpa* uma responsabilidade derivada da natureza da relação, totalmente independente da conduta individual do responsável.

Que o mandante, independentemente de uma *culpa* da sua parte, tenha de ressarcir ao mandatário os prejuízos que este sofreu *devido* ao negócio para o qual fora mandatado (e não meramente *por ocasião* da sua execução), é uma exigência da equidade que o direito romano reconhece expressamente, tanto em decisões concretas como em forma abstracta<sup>35</sup>. Ainda assim, Africanus, na *l. 61 § 5 de furtis* (cit. na nota), em que exprime ele mesmo este princípio, recorre ancilarmente à *culpa* do mandante. O mandato referia-se à compra de um determinado escravo e este tinha furtado o mandatário. Africanus decide que o mandante tem de ressarcir o mandatário dos danos, mesmo que não tenha conhecido a natureza propensa a furtos do escravo, e justifica esta decisão em parte com o facto de que o mandatário não teria sofrido o dano sem o mandato, em parte com a sentença referida na nota (*nemini officium...*, etc.), e em parte, finalmente, com o seguinte:

<sup>35</sup> Quanto a esta última, na *l. 61 § 5 de furt.* (47. 2): *nemini officium suum damnosum esse debet*, quando às primeiras, além da decisão referida no passo cit., por ex. em *l. 15 pr. de in rem vers.* (15. 3), segundo o qual o mandante tem de indemnizar pelo dinheiro tomado de empréstimo pelo mandatário e perdido sem culpa deste, *l. 8 § 8, l. 29 § 2 Mand.* (17. 1). De modo semelhante no caso do *socius* *l. 52 § 4, l. 61 pro soc.* (17. 2), e noutros locais, por ex. *l. 2 § 7 de her. vend.* (18. 4).

*culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit.*

É-me aqui indiferente saber se Africanus fez ou não aqui bem ao invocar o ponto de vista da culpa; para o meu objectivo basta claramente que ele tenha sem mais imputado o desconhecimento do mandante a *culpa*, sem conceder o mesmo espaço à investigação individual da mesma<sup>36</sup>. Se já há, porém, uma *culpa* em não se conhecer as características de uma coisa *alheia*, tanto mais se poderá qualificar o mesmo desconhecimento como tal no caso de venda de uma coisa *própria*.

Aquele que sem o conhecimento dos seus sócios recebe uma terceira pessoa na comunidade responde sem mais para com estes pelas suas acções<sup>37</sup>, suporta o *periculum* da sua escolha. Uma *culpa in eligendo* da sua parte não é, portanto, necessária para esse fim; ainda assim, Ulpianus justifica na *l. 23 pr. pro socio* esta responsabilidade mediante o ponto de vista da *culpa*: *Quin difficile est negare culpa ipsius admissum*, o que não se pode entender como se logo a conclusão de uma nova sociedade contivesse, enquanto tal, uma violação de dever — o *socius* nada faz que lhe não fosse lícito fazer —, mas antes apenas no sentido de que tem de responder pelo resultado *desfavorável*.

Como é sabido, também se levantou para a *mora* a questão de saber se contém um caso de aplicação da *culpa*, e eu adiro à posição daqueles que respondem afirmativamente<sup>38</sup>. Na *mora*, a facticidade

<sup>36</sup> Com alguma imparcialidade não deveria, porém, desconhecer-se, como fazem HASSE, *Culpa*, p. 402 (2.ª ed.) e MOMMSEN, ob. cit., III, p. 369, que a *culpa* é aqui medida segundo um outro padrão, diverso do habitual, e que se este último fosse aqui aplicado a decisão poderia ser bem diversa, consoante as circunstâncias. Onde reside, com efeito, a *culpa* individual, se o mandante considerou todas as informações pensáveis sobre o escravo, mas apesar disso se enganou? Segundo o *nam certe* de AFRICANUS, ele responde apesar de tudo.

<sup>37</sup> *l. 19-23 pro soc.* (17. 2).

<sup>38</sup> VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, § 588, anot. 1. A posição contrária baseia-se, tanto quanto vejo, apenas na palavra *culpa*. Pode-se conceder-lhe que os romanos não empregaram aqui a expressão *culpa*, pois tinham a mais específica de

pode, porém, aparecer exactamente da mesma forma que no nosso caso. Alguém promete prestar numa certa data uma coisa cuja obtenção não podia, segundo era previsível, levantar as menores dificuldades, como, por exemplo, um artigo que qualquer comerciante do lugar normalmente possui, mas que, contra as expectativas, se vem a esgotar em todos os lados. A culpa do promitente não reside aqui no facto de não ter obtido o artigo – ele fez tudo o que estava ao alcance das suas forças –, mas antes no facto de ter concluído um contrato sem estar seguro da sua coisa. E também é justamente esta acusação aquela que fazemos ao vendedor de uma *res extra commercium*, e que ele não pode contrariar com a objecção de que as circunstâncias lhe não davam qualquer razão para suspeitar da idoneidade jurídica do objecto.

Disto resulta, concomitantemente, que a diferença entre a desculpabilidade e a indesculpabilidade do erro não é aqui aplicável, cada um desses erros é indesculpável<sup>39</sup>; quem promete algo não deve errar, e erra à sua própria custa, não à custa da contraparte.

Se, conforme o exposto, é dificilmente questionável que possamos reconduzir a responsabilidade do vendedor no nosso caso ao ponto de vista da culpa, pode, porém, fazer-se-me ainda a seguinte objecção: por que será isso necessário, por que não ficar simplesmente por aquela concepção segundo a qual o vendedor responde pela idoneidade do objecto, pelo que, faltando esta, tem de ressarcir o dano? Essa culpa, poderia parecer, é apenas outra designação para o dever legal do vendedor de responder; uma vez que ela deve ser aceita sempre que este se verifica, a sua aceitação ou não aceitação não se reveste de qualquer interesse, ou pelo menos de qualquer interesse prático.

*mora*. Mas não consigo ver como se pode negar que a *mora* contém, substancialmente, um caso de aplicação da culpa, ainda que sob uma conformação específica.

<sup>39</sup> l. 19 § 1 Loc. (19. 2) ... *nec ignorantia ejus erit excusata*. O passo trata do caso de alguém ter locado pipas de vinho danificadas e obriga o locador, sem mais, a responder por isso. Não é, porém, necessário mostrar que o seu desconhecimento dessa danosidade pode ser totalmente desculpável, como por ex. quando na fabricação das pipas se verificou por parte do fabricante um descuido que o comprador não podia de todo reconhecer exteriormente. Assim também no caso da l. 13 § 6, *ibid.*, quando as peças de vestuário são entregues a uma pessoa que se confundia com o portador.

Simplesmente, tal é mera aparência. Assim, desde logo, liga-se a este ponto de vista da culpa o interesse na justificação e explicação jurídica da obrigação de indemnização do vendedor. Sem tal ponto de vista, esta aparece como uma determinação positiva que, mesmo sendo ditada pelas exigências da equidade, está completamente isolada; com esse ponto de vista, ela enquadra-se numa lei geral da teoria do contrato, a de que qualquer parte tem de responder perante a outra pelo dano que lhe causou por sua culpa. Sem esse ponto de vista, é uma acção de indemnização que não exige qualquer culpabilidade da outra parte; com esse ponto de vista, evita esta singularidade e obtém o carácter normal de uma qualquer acção de indemnização.

O segundo interesse que se liga à ideia da culpa conduz-nos simultaneamente à nossa segunda questão, acima (p. 25) levantada, ou seja, a da possibilidade de uma extensão da nossa acção a casos aparentados, ou, mais correctamente, a da sua generalização como princípio. Um princípio geral para a nossa acção só pode ser obtido mediante a culpa. Se não recorrermos à ajuda desta, teremos de ficar por ambos os casos das fontes, tal como, na verdade, aconteceu até hoje. Falta aqui a ponte, para chegar dos dois casos das fontes aos muitos outros em que a necessidade de uma acção de indemnização não existe em menor medida. Ou onde estaria a justificação jurídica (não me refiro à político-legislativa) para permitir que se conclua, por exemplo, no caso de erro, aquilo que as fontes determinam naqueles dois casos?

Irá empreender-se seguidamente a tentativa de fundamentar e de verificar na generalidade que lhe cabe o conceito de culpa in contrahendo, que até agora apenas foi desenvolvido em aplicação dos dois casos resultantes das fontes.

Se, por um lado, fundarmos a obrigação do vendedor de indemnizar nesses dois casos numa sua culpa, segue-se inevitavelmente a necessidade de admitir efeito idêntico em todos os casos em que se verifica uma culpa idêntica. Não se vê por que razão a culpa havia de estar vinculada justamente à forma concreta em que ali aparece. O que vale para a herança inexistente não tem de valer também para o crédito ou coisa inexistentes, etc.? O que vale para a *res extra commercium* não tem de valer também para uma coisa em relação à qual existia uma

proibição de alienação? O que vale para o vendedor não tem de valer também para o comprador? O que vale para o contrato de compra e venda não tem de valer também para a locação, o mandato, etc.? Se despirmos naqueles dois casos a *culpa* da sua forma concreta e casual, ela consiste no caso em o vendedor contratar *sem poder prestar os requisitos da validade do contrato na sua pessoa, e induzir a outra parte em erro pela falsa aparência do contrato*. Quem contrata, sai deste modo do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in faciendo* para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar. Não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a protecção das regras sobre a *culpa*<sup>40</sup>, se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia. Mas para o proteger não é necessário exigir-lhe que obtenha expressamente garantias da ausência da *culpa* ou, em especial, da verificação dos requisitos do contrato. A lei pode e deve aligeirá-lo desse esforço, na medida em que reconhece no próprio contratar a assunção tácita de tal garantia. Nas relações extracontratuais ninguém pode exigir de outrem a garantia pela fiabilidade e verdade das suas manifestações e comunicações, o Direito apenas protege contra *dolus*, não contra *culpa*, e cada pessoa tem de atribuir a si próprio o facto de sofrer prejuízos pela confiança cega em afirmações de terceiros, pois devia conhecer a falta de força vinculante das mesmas. Diversamente, no tráfico contratual, em que justamente essas afirmações devem adquirir força vinculante, cada pessoa pode esperar da contraparte a comprovação de que elas se baseiam na boa fé, pois cada um não está normalmente de todo em posição de

<sup>40</sup> Uma decorrência deste princípio vejo-a na conhecida frase: *quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde habetur ac si impleta conditio fuisset*. Antes da verificação da condição o contrato é visto como apenas *em formação*.

poder realizar essa comprovação. Na medida em que o outro conclui o contrato consigo, garante-lhe desse modo o resultado favorável dessa sua comprovação, e tal como por esta razão tem de responder quando o contrato chegou à perfeição, mediante prestação do interesse contratual *positivo*, por *dicta promissa*, evicção, etc., em síntese, pelas suas garantias, também tem de responder, mediante prestação do interesse contratual negativo, quando o vício existente na sua pessoa, que a outra parte não conheceu, causa a nulidade do contrato e, mediadamente, provoca danos a esta. Que se tenha garantido com palavras ou por actos que se está em situação de concluir este determinado contrato é algo que não pode fazer qualquer diferença, antes esta garantia está no próprio contratar.

O primeiro passo para o contrato é a proposta. A vinculação à *diligentia in contrahendo* começa logo com ela? Por certo. Simplesmente, enquanto a proposta não está aceita, não pode causar qualquer lesão; se, portanto, ela for revogada antes da aceitação, não se fundamenta uma indemnização, ainda que a outra parte tenha sofrido danos por tal razão. Estes danos foram causados por esta mesma contraparte a si própria. Quem é suficientemente imprudente para, com base numa proposta, em vez de a aceitar, actuar desde logo, tomar disposições para execução do contrato, seguidamente contratar com terceiros, etc., está por si próprio *in culpa*, pois tinha de contar com a possibilidade de revogação da proposta até ao momento da sua aceitação. Apenas com *este* momento é que está legitimado a actuar com base no contrato, seja real seja aparentemente concluído, apenas com ele é que, se as disposições que tomou com esse fim são frustradas por uma revogação da proposta, tempestiva (é certo) mas que não foi recebida a tempo, poderá transferir para a contraparte que o levou a realizar os seus actos os respectivos resultados desvantajosos. Quanto ao mais, apenas poderá ser exposto adiante (III, 3, 2).

Disse anteriormente que o tráfico não pode dispensar o princípio da *culpa in contrahendo*, e espero reforçar, de modo não irrelevante, o peso das minhas considerações teóricas ao mostrar como aquele princípio foi aplicado – embora de modo inconsciente, mas, do mesmo passo, tanto mais claramente para os meus objectivos – numa série de casos, tanto na doutrina de direito comum como nas novas legislações. É certo

que, na primeira, a necessidade da acção de indemnização apenas foi reconhecida nos dois casos acima mencionados (notas 3 e 6)<sup>41</sup> NT; das novas legislações, apenas o Código geral prussiano [*Allgemeines Landrecht – A.L.R.*] e o Código Civil Geral austríaco [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – A.B.G.B.*], em especial o primeiro, revelaram uma confirmação inteiramente surpreendente das minhas ideias, enquanto no direito francês não consegui encontrar nada – no que, porém, é de presumir que a culpa seja apenas da minha própria ignorância desse direito. Depois de obter conclusões do direito romano, dificilmente esperava resultados a partir de ambos os Códigos mencionados, mas a minha tentativa revelou-se muito mais valiosa do que tinha esperado. O leitor poderá ver no próximo capítulo que reconduzo a três pontos os requisitos do contrato cujos vícios fundamentam, segundo a minha teoria, a culpa in contrahendo: a capacidade do sujeito, a idoneidade do objecto e a fiabilidade da vontade. Quero agrupar segundo estes três aspectos o material que aqueles Códigos<sup>42</sup> me oferecem:

### 1. Capacidade do sujeito

A.L.R., I, 5, § 33

Aquele que, porém, após se ter devidamente informado, ainda assim foi induzido por um incapaz a concluir um contrato, pode exigir indemnização a satisfazer a partir do património daquele.

<sup>41</sup> No arquivo de SEUFFERT de decisões de tribunais superiores não se encontra nada, para além do caso de revogação da proposta entre ausentes.

NT No texto original de JHERING, publicado nos *Jahrbücher...*, cit., p. 44, falta a referência para esta nota de rodapé n.º 41. Tal como F. PROCCHI, ob. cit., p. 89, julgamos dever colocá-la no sítio indicado no texto (assim tb. em EIKE SCHMIDT, org., *Culpa in contrahendo...*, cit., p. 39).

<sup>42</sup> Sobre o direito austríaco tive ao meu dispor, além do *österr. Privatrecht* de UNGER, apenas o comentário de ZEILLER – um comentário que, como alguns, fala onde devia calar, e cala onde devia falar. Os colegas dos países a que pertencem os três direitos referidos far-me-iam grande obséquio com o envio de informações a este respeito a partir da teoria e da prática das suas ordens jurídicas, e eu publicá-las-ei posteriormente num aditamento próprio a este artigo.

§ 36 Aquele que, consciente da sua incapacidade, induziu outrem à conclusão de um contrato será punido como burlão.

O último § fala do *dolus*, pelo que poderia parecer que também o primeiro apenas tinha em vista este caso (ou seja, a *actio doli*). Simplesmente, que a expressão “induzir”, no § 33, não é de referir simplesmente ao *dolus*, antes tem o mesmo significado de “causar”, é o que resulta do facto de o § 36, ao sublinhar expressamente a consciência da incapacidade, reconhecer como possível também a hipótese de uma “indução” sem uma tal consciência. É certo que, na hipótese principal que a lei tem em vista, a de incapacidade de pessoas sob tutela, existirá em regra a consciência da incapacidade<sup>43</sup>. Mas também se podem conceber hipóteses em que não é assim<sup>44</sup>, de tal modo, portanto, que, segundo o direito prussiano, a pretensão indemnizatória também é fundada na hipótese de culpa<sup>45</sup>.

O Código contém ainda uma decisão especial para o caso de um filho de família se fazer passar por *homo sui juris*:

<sup>43</sup> Segundo o § 34 *ibid.*, no caso de pessoas com menos de 18 anos não é, de todo, admitida à contraparte a demonstração do desconhecimento da idade menor.

<sup>44</sup> Assim, por ex., nos termos do direito romano, quando o menor errava sobre a sua idade verdadeira, l. 4 Cod. *si minor* (4. 43); nos termos do direito prussiano, segundo o qual a *cura furiosi* não cessa *ipso jure* (§ 815-820), quando o demente totalmente curado conclui um contrato pensando que com a capacidade natural recuperara também a capacidade jurídica de exercício; e mesmo no caso do menor com mais de 18 anos não consegue escapar-se a, porque aquele devia conhecer a sua incapacidade, ter de supor a consciência da mesma. Nos termos do direito francês, nem sequer a declaração do menor de que atingiu a maioridade exclui a *restitutio in integrum*, antes são necessários para tanto “especiais fingimentos ou meios de engano”. K. S. ZACHARIÁ, *Handb. des franz. Civilr.*, II, p. 319 (5.ª ed.).

<sup>45</sup> BORNEMANN, *System. Darstellung des preuss. Civilr.*, I, §13 (2.ª ed., col. 5), defende o contrário, mas por uma razão (“uma vez que nunca existe uma relação contratual quando se negocia com um incapaz, a indemnização apenas pode ser exigida *ex delicto*”) que espero ter conseguido contrariar neste artigo.

A.L.R., II, 2, § 135

Mas o credor, que foi iludido<sup>NT</sup> por um tal credor sem próprio descuido significativo, pode exigir do património daquele uma indemnização [*“Schadloshaltung”*] segundo as disposições gerais da lei.

A expressão “iludido” mostra, porém, que se pensa aqui no *dolus*. O direito austríaco limita expressamente a pretensão indemnizatória ao requisito do *dolus*.

A.B.G.B., § 866

Aquele que *intencionalmente* afirma que é capaz de concluir contrato e, por essa via, ilude outra pessoa que não pode facilmente obter informação sobre isso, fica obrigado a uma satisfação [*“Genugthuung”*].

§ 248

O menor que, cumprido o vigésimo ano de vida, se apresenta num negócio como maior, é responsável por todos os danos se a outra parte não podia, antes do negócio, obter facilmente informação sobre a verdade da afirmação<sup>46</sup>.

## 2. Idoneidade do objecto

A.L.R., I, 5, § 53

Se a impossibilidade da condição apenas era conhecida por aquele que se obrigou ao acto ou à prestação impossível, ele tem de ressarcir completamente a outra parte.

<sup>NT</sup> A expressão alemã é *“hintergegangen werden”*.

<sup>46</sup> Segundo a terminologia do Código (§1323 – indemnização [*“Schadloshaltung”*] e “satisfação” [*“Genugthuung”*]), refere-se no primeiro § o interesse no cumprimento e no segundo o negativo.

O mesmo que este § dispõe para actos impossíveis deve valer, segundo o § 67, para coisas que estão subtraídas ao comércio.

Pode discutir-se se aqui, com o “ressarcimento completo”, se designa o interesse positivo ou o interesse negativo<sup>47</sup>; no primeiro caso, a acção não teria de todo cabimento neste lugar; na segunda, porém, uma vez que a lei apenas a reconhece em caso de conhecimento por parte do demandado, seria muito mais limitada do que no direito romano<sup>48</sup>.

Diversamente, o direito austríaco reconhece uma acção também no caso de desconhecimento culposo.

A.B.G.B., § 878

O que não pode ser prestado, o que é francamente impossível ou proibido, não pode ser objecto de um contrato válido. Aquele que engana outrem<sup>49</sup> mediante semelhantes garantias, *quem o prejudica por ignorância culposa* ou retira um lucro do seu dano é responsável por tanto.

## 3. Fiabilidade da comunicação da vontade

Das muitas hipóteses aqui pertinentes, apenas encontrei referidas duas, isto é, a de *revogação da proposta*:

<sup>47</sup> KOCH, *Preuss. Privatrecht*, I, pp. 228, 229, defende a primeira posição; BORNEMANN, II, pp. 234, 235, a segunda.

<sup>48</sup> BORNEMANN, II, p. 234, defende, porém, que, apesar de a lei não conceder expressamente uma pretensão de indemnização no caso de a impossibilidade da condição ser desconhecida de ambas as partes, “resulta das regras gerais sobre a responsabilidade na conclusão dos contratos que também neste caso aquele que está exclusiva ou predominantemente *in culpa* tem de ressarcir o outro”.

<sup>49</sup> Que a lei só tem aqui em vista a hipótese de *conclusão* do contrato apenas *exteriormente verificada*, não necessitará de ser sequer observado. É característico do momento alto jurídico que é a obra de ZEILLER, quando o autor observa sobre este §: “Quem engana outrem mediante falsas indicações (por ex., que o negócio que lhe é oferecido pode ser vendido (!)), seja pactuante ou terceiro (mediador), deve prestar satisfação!” A lei fala de “*garantias*”, o comentador, para pelo menos empregar um outro termo, fala de “*indicações*”, sem notar como dessa forma se afasta do conteúdo da lei.

A.L.R., I, 5, § 105

Se ele o omitir (a notificação tempestiva da revogação, quando esta é legalmente admitida – §§ 90 e seg., 103 e 104), e se verificar depois que a outra parte declarara realmente a sua aceitação tempestivamente, tem de a ressarcir pelo dano que resultou das disposições entretanto realizadas para cumprimento do contrato.<sup>50</sup>

E a hipótese *do erro*<sup>51</sup>:

A.L.R., I, 4, § 79

Se, porém, o mesmo (o declarante) tiver caído em erro por culpa própria, leve ou ligeira, e se o outro não tiver sabido que o declarante errava, o declarante é obrigado a ressarcir o dano causado pela sua culpa.

Entre as hipóteses que cabem aqui irei ainda referir mais à frente a de falta de clareza da expressão. Sobre esta hipótese o direito austríaco contém, é certo, uma disposição expressa:

A.B.G.B., § 869

Aquele que, para se favorecer à custa de outrem, utilizar expressões pouco claras ou praticar um acto aparente, deve prestar uma satisfação [*“Genugthuung”*]

<sup>50</sup> Sobre isto KOCH, II, p. 168, e designadamente BORNEMANN, II, p. 247. O direito austríaco, que também exclui a revogação da promessa antes do decurso do prazo fixado no § 862, não se exprime sobre este ponto, mas ZEILLER nota sobre este §: “Raros acontecimentos e atrasos, mediante os quais uma ou a outra parte podem sofrer danos apesar da protecção da lei, têm de ser avaliados segundo os preceitos sobre a culpa e o acaso, previstos na secção principal relativa ao regime da indemnização”.

<sup>51</sup> KOCH, I, p. 220, BORNEMANN, I, p. 144, designadamente a observação aí referida, na n. 2, de SUAREZ: “mas daqui resulta que um tal errante deve indemnizar a outra parte que não conheceu o erro e se baseou na sua declaração de vontade e orientou segundo ela as suas disposições” – uma prova interessante do saudável senso e da independência espiritual do mesmo em relação ao direito romano.

Simplemente, como a lei exige intenção, visa-se aqui a *actio doli* e não a nossa acção.

Pelo contrário, o direito prussiano conhece, não no Código, mas na doutrina, ainda um outro caso de aplicação do nosso princípio. As promessas ao público (“prémios”) são, segundo o A.L.R., I, 11, § 988, accionáveis na medida em que digam respeito a “trabalhos do espírito úteis ou capacidades corporais ou empreendimentos de utilidade comum”, e o promitente não pode revogar o prémio antes do decurso do prazo determinado. Certamente não é compatível com isto que, com Koch<sup>52</sup>, se obrigue o promitente, para o caso de revogação da promessa, a “indemnizar todos aqueles que já haviam efectuado a solução, pelo esforço e custos empregues” – pois, segundo a lei, a revogação é totalmente inadmissível. Mas pode, com Bornemann<sup>53</sup>, aplicar-se a nossa acção num caso que a lei não toca de todo, ao qual pareceu inadequado estender a proibição de revogação, isto é, quando se anunciou uma recompensa pelo esclarecimento de um crime, pelo achamento de uma coisa, etc. Aquele autor acrescenta ainda um caso relativo à mesma relação, ou seja, o caso de o promitente, depois de a promessa pública já ter atingido o seu fim, omitir o anúncio público desse facto.

Se agora, depois destas hipóteses *individuais* de aplicação da nossa acção, o Código prussiano contém a proposição:

A.L.R., I, 5, § 284

O que vale juridicamente quanto ao grau de culpa por que se responde no cumprimento do contrato vale também para o caso de um dos contraentes *deixar culposamente de observar na conclusão do contrato os deveres que lhe cabem*

difficilmente se poderia pensar num reconhecimento mais claro da minha *culpa in contrahendo*, do que ele é aqui expresso. Tanto quanto

<sup>52</sup> Ob. cit., II, p. 460. Esta posição era, como BORNEMANN, III, p. 193, refere, realmente consagrada no segundo projecto, e, em minha opinião, ela merece a preferência; mas no A.L.R. retornou-se à disposição do primeiro projecto.

<sup>53</sup> III, §206 (2.ª ed., p. 194).

consigo avaliar<sup>54</sup>, os juristas prussianos deixaram-se passar verdadeiramente ao lado deste parágrafo, de tão grande importância que inclui em si toda a nossa doutrina e que, se estivesse nas fontes jurídicas romanas, teria poupado todas as minhas deduções. Deixo de bom grado em aberto a questão de saber se os autores do *Landrecht* estavam conscientes do seu alcance, mas uma vez que não são aqui decisivas presunções, e antes o conteúdo, não pode contestar-se a possibilidade de entender a formulação no seu pleno alcance.

Se uma comprovação do valor prático de uma teoria residir no facto de ela, indo totalmente pelos seus próprios caminhos, coincidir no resultado com a legislação, e se aquela conseguir reconduzir a um princípio mais elevado e justificar teoreticamente as disposições esporádicas que esta tomou, não apenas com independência, mas em aparente contradição com a doutrina dominante e apenas guiada pela necessidade prática – então, penso eu, a minha teoria passou a prova, e a sua *legitimação prática* não deverá já ser posta em dúvida. Saber se a sua *legitimação teórica* pode ser posta em causa do ponto de vista do direito romano, é o que o futuro tem de ensinar; por mim, que a trouxe comigo e cuidei desde há anos, e que me habituei totalmente a ela, estou o mais completamente convencido da sua correcção, e tenho, quando muito, dúvidas sobre se na aplicação dessa minha teoria aos casos individuais (III) não fui, aqui ou ali, demasiado longe. Quem, porém, não veja a missão da *iurisprudencia* a não ser em explicar com a ajuda da lâmpada hermenêutica passos obscuros da lei, que rejeite, ainda assim, toda a minha teoria mediante a simples objecção de que a expressão *culpa in contrahendo* não aparece em todo o *corpus juris*.

Continuando a trabalhar com base no fundamento obtido atrás, quero agora operar com o conceito de *culpa in contrahendo* como um dado e desenvolver as suas consequências. Resumo, para este fim, a minha teoria com a seguinte frase:

<sup>54</sup> Além das duas obras até agora utilizadas apenas tive à disposição o comentário de BIELTZ.

*O imperativo da diligentia contractual vale, tal como para relações contratuais formadas, também para relações contratuais em formação, uma sua violação fundamenta aqui, como ali, a acção contractual de indemnização.*

A *culpa in contrahendo* não é mais do que a *culpa* contractual numa *direcção* específica. Daqui resultam as seguintes consequências:

1) quanto à *sua posição sistemática*. Ela encontra o seu lugar adequado na teoria da *culpa* em relações contratuais, na teoria da conclusão do contrato há, quando muito, que remeter para ela.

2) quanto ao grau de *culpa* a prestar. O mesmo grau que é de prestar *durante* a relação contractual é-o igualmente na *criação*, pois existem também aqui as mesmas razões extraídas da natureza do contrato determinado, que ali decidem sobre ela.

3) quanto às *peçoas* que têm de *prestar a culpa*. Trata-se simplesmente dos próprios contraentes, não de terceiras pessoas, que cooperam na conclusão do contrato, e, mesmo para as primeiras, apenas no pressuposto de que lhes pode ser imputada uma *culpa deste* tipo específico (p. 47).

Retiro, assim, a posição por mim expressa anteriormente nestes anuários (vol. I, pp. 280-282), segundo a qual o nuncio responde por culpa própria na realização do encargo. Enquanto então não consegui deduzir a responsabilidade daquele que utiliza um nuncio, e, sentindo que necessariamente uma das duas pessoas tinha de responder, me decidi pelo nuncio aparentemente único culpado, encontro-me agora na posição contrária: consigo deduzir a responsabilidade do emitente (v. III, 3), mas *não* a do nuncio<sup>55</sup>. Este último não entra em qualquer relação obrigacional com o receptor da declaração, pelo que seria necessário, para lhe conceder uma acção de indemnização contra este, que se deixasse valer a culpa no tráfico extracontratual simplesmente como fonte de obrigações, contra o que já observei *supra* (p. 10) o necessário. É com certeza desnecessário notar que o nuncio responde perante o remetente.

A aplicação do que se disse ao representante é determinada pela medida em que, segundo o direito actual, se quiser ainda vê-lo como

<sup>55</sup> Sobre a tentativa de THÖL já se disse *supra*, p. 5, o indispensável.

*contraente*. Na medida em que o seja, responde, tal como com base no contrato, por *culpa in contrahendo* – é o caso, em particular, do *substituto*, isto é, aquele que contrata *para outra* pessoa, mas em *nome próprio*. Uma vez que o mandato concedido a este apenas tem o significado de um *motivo* para contratar, o seu erro sobre o conteúdo do mandato enquadra-se no *erro nos motivos*, e o contrato é, portanto, vinculante para ele, apesar de ter sido realizado de modo bem diverso daquele para que estava mandatado. Não é diferente de alguém ter concluído um contrato para si mesmo, a que foi conduzido por pressupostos errados. O substituto que, em vez de ¼ de caixas de charutos, que lhe tinha sido solicitado pelo mandante, compra 4 caixas, porque pensa ter entendido este último neste sentido, *quer* realmente obter do vendedor 4 caixas. Não existe qualquer divergência entre o conteúdo e a expressão da vontade, o contrato não é, portanto, nulo por erro essencial, e o outro contraente pode, assim, exigir o cumprimento, e não apenas indemnização. Se, diversamente, o substituto disser algo diferente do que queria dizer, se por exemplo cometer um erro de escrita no número ou no endereço, responde como qualquer contraente, mas apenas por uma indemnização com base em *culpa in contrahendo*.

Não tem aqui cabimento determinar a posição jurídica do representante em sentido próprio, isto é, do intermediário que (sem, como o nuncio, ser mero instrumento de uma comunicação de vontade alheia) contrata autonomamente *em nome alheio*, por exemplo, procurando ele mesmo o apartamento que pretende arrendar e acordando o preço. Se se for de opinião que ele mesmo *contrata*, valem para ele os princípios sobre a *culpa* contratual; se se entender que ele apenas *comunica* a vontade do mandante (a qual apenas é individualmente determinada por ele), então é o último o contraente, e o representante assume a posição jurídica do nuncio, não respondendo portanto perante o terceiro pela ultrapassagem culposa do mandato<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> O projecto de lei comercial de Nuremberga, no art. 54.º, atribui à contraparte, contra o “procurador comercial” que na conclusão do contrato ultrapassa os seus poderes, uma acção de indemnização ou de cumprimento, à sua escolha.

devolução responde sem mais se esta última a deixar cair, se apropriar dela, etc.; diversamente, o comerciante estrangeiro que não tem ele mesmo de entregar as mercadorias que lhe foram encomendadas, mas apenas de as *enviar*, isto é, que tem de *escolher* outra pessoa para a entrega, não é responsável se nada se puder dizer contra a escolha que efectuou do expedidor ou do transportador. Em aplicação desta diferença à nossa questão, poderemos dizer: cada contraente tem *ele mesmo* de expressar a sua vontade; quem para este fim se serve de outras pessoas fá-lo a seu próprio risco, ou, para empregar as palavras de um texto citado na última nota, *factum eorum praestare debet, cum ipse eos suo periculo adhibuerit*.

Como será, porém, se o aceitante utilizar também o nuncio para transmissão da sua resposta e este último incorrer numa *culpa* na execução desta?

Aqui a *culpa in contrahendo* parece tender para o seu lado, mas terá de admitir-se pelo menos uma compensação da *culpa* de ambas as partes. Ou dever-se-ia poder alegar, por exemplo, que quem acede à exigência de enviar logo a resposta pelo nuncio se serve aqui apenas do meio de comunicação querido pelo adversário, e pode, assim, deixar a este último a responsabilidade por aquele?

Tenho de reconhecer que não estou inteiramente seguro da minha posição quanto a este ponto. Mas ainda assim seguiria a primeira posição, pelo menos, se a natureza complicada da resposta ou a personalidade do nuncio – por exemplo, uma criança – devessem recomendar ao aceitante especiais cuidados, ou seja, uma *resposta escrita*.

## B. FALTA DE FIABILIDADE DA PRÓPRIA VONTADE

### 1. Revogação da proposta em caso de conclusão do contrato entre ausentes

A contratação entre pessoas ausentes traz perigos específicos para o oblato. No momento em que ele aceita a proposta pode já estar a caminho a carta que o deve colocar a par da revogação desta, apenas

chegando, porém, àquele depois de já ter começado a executar o contrato. Segundo o direito *romano*, o contrato não chegou aqui sequer a formar-se, já que faltou no momento decisivo o acordo *simultâneo* de ambas as partes (v., sobre isto, a decisão análoga na nota 94), e a finalidade das disposições tomadas pelo destinatário está, assim, frustrada. Para o proteger contra esse perigo, ambos os novos Códigos acima (pp. 37 e s.) referidos retiraram pura e simplesmente ao proponente o direito à revogação, o que terá sido ir longe demais, enquanto o projecto de Código Geral do Comércio alemão (após a segunda leitura) declara no artigo 298.º que a revogação é eficaz, por ter considerado esta disposição como a mais adequada sob o ponto de vista legislativo, pelo menos, para o tráfico comercial. Poder-se-ia defender que o momento até ao qual a revogação há-de ser recebida podia ter sido adiado até ao momento da aceitação, sem riscos para o destinatário. Mas a proposta pode já anteriormente ter exercido uma certa influência. Por exemplo, o destinatário recusou, logo que recebeu a proposta, e por causa dela, uma outra a que devia responder imediatamente; e mesmo que, do ponto de vista do *direito vigente*, se lhe possa fazer a acusação de se ter ele mesmo precipitado (p. 33), o certo é que, do ponto de vista político-legislativo, a disciplina adoptada para o tráfico comercial merece decididamente preferência. Com a recepção da proposta o seu receptor está inteiramente seguro, segundo os seus termos, e pode fazer dela desde logo a base para as suas operações e disposições, sendo justamente esta segurança que possui um valor incalculável para o comércio.

Essa disciplina é, como referimos, estranha ao direito *romano* — ele admite a volubilidade<sup>89</sup>. Mas ao mesmo tempo que esta, por um

<sup>89</sup> Já se notou a p. 20 que ele obriga a indemnizar em relações contratuais *já formadas*, e que não é válida uma inferência, a partir daqui, para relações contratuais *em formação*. Na aplicação a estas últimas é, porém, digna de nota a afirmação (embora, é certo, apenas relativa à relação de *institor*) da l. 11 § 5 de *inst. act.* (14. 3): *sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes*. E poder-se-ia, quando muito, remeter também para a *exc. rei venditae*, de que é titular o receptor da coisa negociada por mandato do proprietário, quando este estava revogado já antes da entrega, embora posteriormente à venda (“*si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*”, l. 14 de *Publ. act.* 6. 2).

lado, exclui a formação do contrato, torna-se, por outro lado, na causa de sofrimento de prejuízos pelo destinatário, e a ela liga-se, portanto, como consequência natural, uma obrigação de indemnização<sup>90</sup>. A real verificação, neste caso, dos requisitos da nossa acção pode ser posta em dúvida, quando muito, no que toca à *culpa* do proponente, pois no mais todos eles estão presentes: *bona fides* do destinatário, nulidade do contrato e, mesmo, não conclusão deste por uma circunstância na pessoa do *proponente*. Poder-se-á, porém, designar como *culpa* uma forma de actuação deste último à qual tem direito segundo a lei, isto é, a revogação da proposta? Não tenho qualquer óbice em responder afirmativamente a esta questão. Também o mandante ou o sócio têm a todo o tempo o direito de se retirar, mas, em si mesmo, isso não exclui de modo algum uma *culpa* no exercício desse direito. Na medida em que o proponente revoga, tem de pensar que o destinatário, no momento em que recebe a carta, possivelmente começou já com a execução do contrato; se não quiser sofrer qualquer acusação, dever-se-á previamente certificar de que tal ainda não aconteceu, ou ligar a sua revogação a essa condição; se o omitir, aqui a *culpa* reside em que ele se decidiu a tomar na incerteza um passo que tanto pode não lesar de todo a contraparte como causar-lhe danos, consoante a informação a seu respeito ainda lhe chegue tempestivamente ou já chegue tarde. Portanto, para se desonerar o proponente abandona, se necessário, o adversário, exige-lhe tornar-se vítima da sua volubilidade; para empregar com uma pequena modificação o texto da nota 89, *neque vero variatione voluntatis contrahentes decipi debent*.

Como em todas as restantes hipóteses em que é aplicável, a nossa acção pressupõe também nesta a *conclusão exteriormente verificada do contrato*, isto é, aceitação por parte do destinatário; este não pode exigir qualquer indemnização por causa das suas acções anteriormente empreendidas (p. 33). A própria aceitação não tem, porém, de ocorrer sempre por carta. No caso de encomendas, ordens, etc., que segundo a intenção do seu autor devem ser logo executadas, sem que este espere

<sup>90</sup> Assim também THÖL, *Handelrecht*, I, § 57 (3.ª ed., p. 242). V. *supra* n. 24.

uma resposta, a aceitação está logo no início da execução<sup>91</sup>. O comissário que recebe uma ordem para um leilão, o sapateiro ou o comerciante a quem é encomendado um par de botas ou uma mercadoria, não necessitam de responder primeiro no sentido de que aceitam a encomenda; respondem apenas se a *não* quiserem, ou se a *não* quiserem *nos termos desejados*. Ao *começarem* com a execução da encomenda, eles aceitam, e quero mesmo suscitar a questão (que, porém, aqui nos não interessa, mais amplamente) de saber se nestes casos, em que o próprio *silêncio* deve valer como resposta, não pode ver-se logo nele a aceitação. Ou dever-se-á poder cancelar, por exemplo, o pedido do cocheiro que se mandou chamar para uma viagem no dia seguinte, porque e enquanto ele não enviou uma resposta nem começou com a execução?

Onde quer que, de todo o modo, possa residir a aceitação – no silêncio, na resposta ou na execução –, ela ocorre, em síntese, num momento em que o proponente já enviou a carta de revogação. É certo, pois, que o contrato se não formou, por falta de um acordo *simultâneo*, mas o aceitante tinha perfeitamente o direito de supor o contrato existente e de actuar em conformidade. Que, deste modo, ele tenha sido induzido a actos positivos ou a uma omissão é, como já se notou a p. 17, totalmente indiferente, podendo a influência prejudicial do pretense contrato consistir também em se ter deixado passar outras oportunidades para conclusão do mesmo, tendo entretanto decorrido o tempo adequado para voltar atrás, recuperando-as.

## 2. Modificação da vontade na conclusão de contratos por intermediários

Quando a cooperação de um intermediário – seja este núncio, representante ou substituto – pode, segundo o direito romano, produzir efeitos para o mandante, ela pressupõe, consabidamente, como regra, a inteira congruência entre o mandato e a sua execução – e não apenas

<sup>91</sup> VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, p. 311.

quanto ao *conteúdo* mas também no que concerne à *existência* da vontade do mandante no momento da execução. Se o mandato for ultrapassado ou revogado, mesmo que sem o intermediário ter recebido a correspondente informação, está excluída a eficácia que, de outro modo, se teria produzido. Na medida, porém, em que na última hipótese o terceiro não possa exigir ressarcimento ao mandatário (p. 41), ele encontra-se exactamente na mesma situação que no caso que se acabou de discutir, e surge quanto a ele exactamente a mesma necessidade de protecção. Não será necessária qualquer justificação suplementar para que, como ali, tenha também neste caso de ser auxiliado da mesma forma, consistindo a única diferença realmente em que é aqui uma *persona* que se encontra em lugar da carta<sup>92</sup>.

## 3. Morte do proponente antes da aceitação, na conclusão do contrato entre ausentes

Se no momento em que a carta ou o intermediário trazem ao destinatário a proposta o seu autor já tiver falecido, a formação do contrato está excluída segundo a concepção do direito romano, o qual exige o encontro das vontades de ambos os contraentes no mesmo momento temporal. Pode discutir-se sobre a adequação legislativa e a necessidade jurídica deste regime – e eu próprio ponho ambas em causa<sup>93</sup> –,

<sup>92</sup> O projecto de lei comercial de Nuremberga, art. 45.º, auxilia de outro modo, certamente mais adequado para o tráfico comercial, ao apenas atribuir efeitos à extinção da procuração comercial [“*Procura*”] desde que o terceiro a tenha ou deva ter conhecido.

<sup>93</sup> Considero um preconceito romanístico que se declare essa disciplina como a única justificável juridicamente. Por que razão não pode aceitar-se, em vez do princípio de que o acordo de ambas as partes tem de coincidir *num só e mesmo momento*, o outro, contrário, segundo o qual ambos os actos de vontade podem estar separados em *diversos* momentos, de tal modo que a posterior inexistência de vontade, ou a impossibilidade de vontade (morte), do proponente não é mais relevante, seja simples seja limitadamente (quando o adversário não tinha informação sobre aquela)? A fundamentação deste ponto requereria um aprofundamento que não seria aceitável neste lugar. O projecto de lei comercial de Nuremberga adoptou o último princípio em todas

mas está fora de dúvida que esta era realmente a posição do direito romano<sup>94</sup>.

Se o destinatário aceitar sem conhecer a morte do proponente, e, na crença de que o contrato foi concluído, o executar, também aqui a maior equidade depõe no sentido do ressarcimento do dano assim causado. Mas como justificar a pretensão? Por um lado é certo que estão presentes os seus pressupostos, mas como pode concluir-se pela *culpa* da outra parte? É certamente impossível qualificar a morte como *culpa*! Tenho de conceder que a minha teoria depara aqui com um obstáculo que não posso transpor sem o mais violento artifício. O meu sentimento jurídico opõe-se da forma mais decidida a recusar a acção de indemnização numa tal situação, e prefiro antes acreditar que incorri na construção da minha teoria num qualquer erro em que não reparei do que excluir aqui a acção. Para, porém, a poder conceder, nada mais resta do que inferir a *culpa* do modo seguinte. Caso se tivesse contratado entre

as hipóteses, isto é, quanto à *revogação* 1) da proposta escrita (art. 298 e s., *supra*, p. 68); 2) da procuração (nota 92); quanto à irrelevância da *morte* 1) numa proposta, mandato ou procuração que foram emitidos por um comerciante no seu exercício comercial (art. 280.º); 2) na procuração para agir e na procuração comercial [*Prokura*] (art. 52.º). Quando, além disso, o art. 280.º admite a revogação por morte no caso de nesse sentido a “posição da vontade resultar da sua declaração ou das circunstâncias”, o adversário tem de ser ressarcido pelas suas actuações até ao momento da *recepção* da informação sobre a morte, e teríamos de recorrer aqui à nossa acção.

<sup>94</sup> Ambas estas hipóteses foram aliás equiparadas também numa situação que tem a maior semelhança com a nossa (na medida em que também nela os actos de vontade de várias pessoas, que em rigor teriam de ocorrer no mesmo momento temporal, se espalham por um *período de tempo*), isto é, a da constituição sucessiva de uma servidão por parte de vários comproprietários – l. 18 *Com. praed.* (8. 4): ... *perindeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent, et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel... partem suam alienaverit* (revogação), *post deinde socius cesserit, nihil agetur*. Se fosse precisa uma demonstração, com base nas fontes, da necessidade, referida no texto, de um consenso *simultâneo* nos contratos entre ausentes, dificilmente se poderia encontrar um texto mais adequado do que este fragmento. O que o texto afirma para o seu caso – *tantum tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, ut vel diversis temporibus possint, e perinde habetur, atque si postremus cedat, omnes cessissent; igitur... actus pendebit, donec novus socius cedat* – serve também literalmente, com modificação do *cedere* por *consentire*, para a conclusão de contrato entre ausentes.

peças presentes, a morte não teria de todo podido exercer aquela consequência prejudicial. Ora se uma pessoa ausente quer contratar, teria, para garantir a outra parte contra essa consequência, que fazer o esforço de se deslocar até junto dela; não o fazendo, e escolhendo antes o caminho mais fácil da comunicação por uma carta ou por um intermediário, substitui, no interesse da sua comodidade, a essa forma de actuar uma outra, que expõe o adversário ao risco mencionado. A *culpa* reside aqui, portanto, no facto de, em vez do meio mais seguro da comunicação oral pelo próprio, se recorrer a um outro mais inseguro, expondo o adversário ao perigo.

#### 4. Revogação de uma promessa ao público

Se bem que as promessas ao público também não fossem desconhecidas da vida romana<sup>95</sup>, é certo que o direito romano, tanto quanto sabemos, nunca chegou ao seu reconhecimento *jurídico*. Teria, para tanto, de afastar, para a propriedade e o direito das sucessões<sup>96</sup> como também para o direito das obrigações, a aplicação do princípio, resultante de tempos antigos, segundo o qual os negócios jurídicos só são possíveis *in personam certam*<sup>97</sup>. Não lhe teriam faltado ocasiões para tanto, e, designadamente, existia uma situação em que se impunha indiscutivelmente a fundamentação de pretensões obrigacionais para pessoas cuja determinação individual ainda dependia do futuro – isto é, a *arrogatio* de um *impubere*. O autor da *arrogatio* tem de se vincular a entregar o património do *impubere*, se este morrer durante a menoridade, àquelas pessoas às quais teria cabido sem a intervenção da *arrogatio*. Ainda não é, porém, possível determinar actualmente quem são

<sup>95</sup> APULEJUS, *Metam.*, lib. 6, (ed. Bipont., p. 123), PETRON., *Satiricon*, c. 97.

<sup>96</sup> Para a primeira mediante o *jactus missilium* (= *traditio in personam incertam*), para este mediante a admissão de disposições de última vontade a *personae incertae*.

<sup>97</sup> Do puro ponto de vista do direito romano é, portanto, inteiramente consequente quando SAVIGNY, *Obl.-R.*, II, pp. 90 e s., limita à *act. doli* a eficácia da promessa ao público.

essas pessoas, são *personae incertae*, e com elas não pode, portanto, concluir-se a *stipulatio*. Nesta impossibilidade, o direito romano recorreu a uma sua representação por uma *persona certa*: o *servus publicus*; a caução é entregue a este último<sup>98</sup> e a acção é posteriormente cedida por ele ao legitimado.

A utilização deste desvio (pelo qual, aliás, também se teria podido obter a necessária certeza para a promessa ao público<sup>99</sup>) mostra que o direito romano ainda não conseguia chegar a libertar-se, na fundamentação de obrigações, da exigência de uma *persona certa*. A configuração do tráfico moderno ajudou-nos, porém, forçando a superação desta limitação; a procedência da criação de obrigações *in personam incertam* é uma realidade da vida actual, contra a qual já só é legítima a manutenção do ponto de vista romanístico para as puras formas romanas da obrigação.

Uma hipótese desta forma moderna de contratação *in personam incertam* verifica-se na promessa ao público, e, seguindo a posição de muitos Códigos mais modernos (p. 39), também a doutrina do direito comum se declarou em tempos mais recentes cada vez mais no sentido da sua accionabilidade. Para além disso, porém, a teoria do instituto não atingiu de modo algum a necessária solidez, o que pude sentir, designadamente, por ocasião do problema que tenho aqui de tratar, e me impôs a necessidade de formar ideias claras a seu respeito<sup>100</sup>.

A *finalidade* de qualquer promessa ao público é obter uma *prestação de uma* ou de *várias* pessoas, sendo o *meio* para tanto a recompensa perspectivada, à qual, sem prévia aceitação, a própria prestação deve dar direito. Resulta daqui que se não enquadram naquele conceito os anúncios públicos que apenas contêm um convite para a *conclusão do*

<sup>98</sup> L. 18 de *stat. hom.* (1. 7).

<sup>99</sup> Como acontece realmente hoje em dia, mediante o depósito da soma de dinheiro prometida junto de uma autoridade pública – v. por ex. o caso prático em SEUFFERT, *Archiv für Entscheidungen*, etc., vol. 9, n.º 275.

<sup>100</sup> Além de VON BÜLOW, *Abh.*, vol. 1, p. 271, que primeiro tratou mais amplamente do tema, o melhor sobre este encontra-se em SINTENIS, *Das prakt. gem. Civilrecht*, vol. 2, § 96, nota 58, com a exposição que mais acompanho (exceptuando as consequências da revogação).

*contrato pela forma habitual* – como, por exemplo, a oferta de subscrição de acções<sup>101</sup> de um caminho-de-ferro a construir, de assinatura de publicações a editar, ou o anúncio de mercadorias, livros, etc., a um determinado preço. O contrato surge aqui apenas mediante a subscrição, encomenda, etc., e depende do autor do anúncio não apenas saber se retira este todo o tempo, mas também o poder de rejeitar qualquer pessoa que com base nele queira contratar consigo. Pois se assim não fosse onde estaria o limite da sua responsabilidade? Ou haverá ele de estar obrigado, por exemplo quando lhe são solicitadas mais mercadorias do que aquelas que tinha em armazém, a entregá-las tal como se tivesse já contratado com qualquer um que aparecesse? Em todo o caso, para o público a inobservância do anúncio pode, em muitas situações, trazer os maiores inconvenientes, designadamente em anúncios tais que digam respeito à ordenação de meios de transporte públicos, aos planos horários dos comboios, de navios, etc. Pode fazer-se à autoridade pública a exigência de que na atribuição da concessão a tais empresas garanta, no interesse do público, a *estrita* observância dos planos publicados, mediante a ameaça de penas; todavia, do ponto de vista do direito privado não se consegue oferecer protecção contra aquele perigo. Tal como um livreiro junto do qual se pretende encomendar um livro com base no seu anúncio apenas fica vinculado quando recebe a encomenda, também a companhia ferroviária apenas o fica quando o bilhete é adquirido. Até lá ninguém pode fazer valer uma pretensão contra ela, por maior e mais evidente que seja o prejuízo sofrido pela realização das viagens em violação do plano anunciado<sup>102</sup>. Se não fosse assim, chegar-se-ia à posição de que logo a mera *intenção* de contratar com uma tal instituição – e é certo que pouco mais existe antes da entrega do bilhete – concederia uma pretensão, e em caso de falhanço de uma viagem poderiam aparecer centenas ou milhares de pessoas que pretensamente teriam tido a intenção de a realizar.

<sup>101</sup> SEUFFERT, *Archiv*, XI, n.º 217.

<sup>102</sup> Por ex., uma pessoa veio de longe num determinado dia até a um porto para tomar o navio a vapor para a América anunciado para esse dia, e tem agora de esperar 14 dias até à próxima viagem. Como pessoa previdente, dever-se-ia ter já antes assegurado do bilhete.

Bem diversamente se passam as coisas, porém, na promessa ao público. Pois enquanto na situação acabada de descrever não existe de modo algum uma *proposta*, mas antes tão-só o convite ao público *para que efectue* da sua parte *uma proposta* com base no anúncio<sup>103</sup>, a situação comporta-se na promessa ao público de modo inverso. Segundo a intenção do proponente, este não quer já reservar-se a decisão sobre se, e com quem, há-de contratar, antes qualquer pessoa que realize integralmente a prestação haverá de ser seu credor, valendo, portanto, a própria prestação como aceitação.

Se compararmos a situação com as formas habituais de contratar, poderia dar a impressão de se estar perante um contrato bilateral em que ambas as partes prestam, e em que a especificidade apenas estaria na indeterminação da direcção pessoal da proposta. Tal é, porém, incorrecto, pois num contrato bilateral ambas as partes ficam desde logo, antes de prestarem, *obrigadas* a realizar a prestação, e aqui, pelo contrário, nunca surge uma obrigação na pessoa do concorrente, nem antes nem depois da prestação. Somos, portanto, remetidos necessariamente para a perspectiva da promessa *unilateral*. A aparente bilateralidade da prestação não é aqui diversa do que ocorre na promessa *condicionada*, em que a prestação de uma parte cai no enquadramento do *preenchimento da condição*; saber se se promete a uma *determinada* pessoa 10 florins caso ela traga de volta o cão que se perdeu, ou se se promete a pessoa *indeterminada*, é algo que, para além desta diferença, não é diverso. Daqui resulta que também para esta promessa condicionada valem os princípios do direito romano sobre as condições, e designadamente, portanto, também a regra sobre a frustração do seu preenchimento: *quotiens per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi debet, ac si impleta conditio fuisset*<sup>104</sup>. Enquanto, porém, na

<sup>103</sup> É, portanto, no essencial o mesmo fenómeno que no leilão, apenas com a diferença de que ali está já anteriormente determinado o preço pelo qual o vendedor aliena a coisa. Em ambos os casos o convite a contratar é dirigido *in incertam personam*, quem corresponde a ele *oferece, faz propostas*, e o vendedor *aceita*, enquanto na promessa ao público este propõe e quem realiza a prestação aceita.

<sup>104</sup> L. 161 de R. J. (50. 17). Assim, por ex., no caso em que o promitente não pre-

comum promessa condicionada a aceitação e o preenchimento da condição estão separados, eles coincidem aqui: a prestação determina o *credor*, contém a *aceitação* e o *preenchimento da condição*.

Numa promessa condicionada comum, a condição tanto pode consistir num acontecimento como numa actuação do credor; será isto também aqui possível? Seria, em si, pensável que se oferecesse, com força vinculante, uma ajuda financeira àquele que nesta cidade atingisse o centésimo ano de vida, ou aos primeiros trigêmeos que nela nascessem. Simplesmente, o tráfico não exige esta extensão do instituto, antes observou sempre, e em todas as aplicações que recebeu, os limites da condição *potestativa*. Pela promessa ao público há-de visar-se uma actuação, uma prestação; de que tipo, é algo que é inteiramente indiferente, podendo, portanto, consistir num *dare* ou num *facere*, por exemplo também na mera comparência num cortejo fúnebre, na primeira comunicação de uma notícia, etc.<sup>105</sup> É igualmente indiferente saber que interesse o promitente tem no preenchimento da condição, se ele a fixou no seu interesse ou no interesse público. Por isso, também não posso concordar com que se queira negar a eficácia à promessa num caso em que o promitente tem interesse no *não preenchimento* da condição, como, por exemplo, quando um fabricante anuncia um prémio para a prova de que o seu produto *não* possui as características publicitadas. Mesmo abstraindo do facto de o público nem sempre poder saber qual é aquele interesse – e se, por exemplo, o locatário de uma fonte ao qual a administração garantiu a ausência de certa substância lesiva na água mineral não tem agora, depois de se ter difundido no público o rumor da existência daquela e de se terem assim reduzido significativamente as suas vendas, maior interesse em verificar esta existência, para poder denunciar o seu contrato –, mesmo abstraindo disto, tal não é de modo algum compatível com os princípios sobre as condições, que são os únicos aqui decisivos, e sem

tende comunicar as cotações de preços recebidas ao júri sobre os preços, previamente nomeado.

<sup>105</sup> Pertencem também aqui os preços anunciados em concursos públicos desportivos, passatempos populares, exposições de gado, competições, etc.

cair no puro arbítrio não nos devemos afastar desse importante ponto de apoio fornecido pelo próprio direito positivo. Quem não pretender negar a acção resultante de uma tal promessa dirigida a uma pessoa *determinada*, também não o pode aqui fazer, pois as razões pelas quais se tentou contestar a força vinculante *num* dos casos servem integralmente também para o outro. A existência de um interesse do promitente na *não* verificação da condição pode tão pouco conduzir aqui a negar a eficácia vinculativa da promessa como no caso da aposta; quem aposta, promete igualmente algo sob uma condição, e deseja a sua *não verificação*. Em que difere, porém, de uma aposta unilateral, ou meia aposta (isto é, na qual apenas uma parte promete algo para a verdade da sua afirmação), a hipótese de uma pessoa garantir a outra uma recompensa *para o caso* de esta lhe comprovar a presença num determinado artigo de uma substância pretensamente ali inexistente? E, dado que entre nós as apostas são – infelizmente! – accionáveis, quem objectará a reconhecer ao vendedor também numa tal aposta unilateral uma pretensão, dentro dos limites que a discricionariedade judicial aqui tem quanto à soma devida? Se, porém, se reconhece, por um lado, a admissibilidade da promessa condicionada *in incertam personam*, e, por outro lado, a accionabilidade da aposta, não vejo então por que razão a combinação de ambas *in personam incertam* – a *aposta popular* – não há-de ser accionável. Numa das suas hipóteses dificilmente se poderá duvidar de todo disso, sendo-me pelo menos conhecidas decisões confirmatórias neste sentido; trata-se da hipótese do prémio anunciado por desportistas que actuam publicamente, para quem consiga derrotá-los. O que, porém, se admite para este caso não pode ser excluído para o outro sem falta de congruência.

Se a promessa pública for uma promessa *condicionada*, resulta daqui que as promessas incondicionadas dirigidas a pessoas indeterminadas não criam qualquer obrigação, como, por exemplo, distribuições anunciadas publicamente de madeira combustível a favor dos pobres. O autor do anúncio pode aqui, como no caso referido (p. 75), não só retirar ele mesmo a promessa a todo o tempo, como também recusar conforme lhe aprouver cada beneficiário individual.

Ora, tal como tudo que pode ser objecto de uma condição potestativa se adequa para a *prestação de uma parte*, também tudo que pode ser objecto de uma *promessa* se adequa para *contraprestação* da outra, ou seja, não apenas um *dare*, mas também um *facere* de qualquer tipo (por exemplo, a promessa de educação ou de habitação gratuita).

Da finalidade da promessa pública como um convite dirigido ao público resulta a *comunicação pública* da mesma. A forma é indifferente, ela pode, portanto, consistir na própria comunicação oral ao público (assim, por exemplo, no caso do desafio a desportistas para uma competição pública), no anúncio por divulgadores públicos ou pela imprensa.

Segundo o que se disse anteriormente, podemos designar a promessa pública como uma promessa unilateral baseada numa condição potestativa e dirigida *in personam incertam*, ou, exprimindo o último momento com uma palavra, como *promessa popular*, a qual deve ser aceita mediante o preenchimento da condição. Dado que antes da aceitação ainda ninguém adquiriu uma pretensão com base nela, não pode pôr-se em dúvida, à partida, a legitimidade do promitente para revogar a sua promessa. Por outro lado, todavia, esta possibilidade contém um risco tal para todas as pessoas que já se sujeitaram à execução da missão solicitada, que para com essa insegurança se não retirar integralmente ao instituto o valor prático é necessário proteger o público contra ela. Esta garantia foi tentada de modos diversos, designadamente:

1) *mediante proibição total da revogação*. Assim, no Código prusiano [*Allgemeines Landrecht*]. Não pode negar-se que esta disciplina tem a seu favor a vantagem da maior simplicidade, e também se deixa justificar pela analogia com as fundações. Uma instituição de uma fundação também não é, realmente, diversa de uma alienação de dinheiro e bens *in incertam personam*. Uma condição potestativa também não está nela excluída, e toda a diferença se reduziria, portanto, ao facto de a promessa pública se consumir de *uma* só vez, enquanto a fundação *repete*. Um concurso pecuniário sobre uma questão anunciado uma vez é uma *promessa ao público*, um fundo para concursos pecuniários periódicos sobre questões é uma *fundação*. Se, porém, o Estado como tutor das *personae incertae* considera necessário nestas últimas retirá-

-las ao arbítrio do fundador, também se não pode dizer que seja inadequado que faça o mesmo na promessa ao público.

Por outro lado, porém, foram levantadas contra este regime fortes objecções<sup>106</sup>. Podem alterar-se as circunstâncias que tornavam desejável para o promitente a prestação visada com a promessa, por exemplo, o cão para cujo achamento anunciou uma recompensa ficou raivoso, o arrendamento da fonte no exemplo referido foi denunciado (p. 77). Enquanto ainda se está perante uma *res integra*, isto é, enquanto ninguém se dedicou a realizar a prestação, não é violado qualquer interesse real pela revogação da promessa pública.

Pela via da dedução teórica, a que se dedica a doutrina do direito comum, não consegue obter-se esta irrevogabilidade da promessa pública, antes se chega, por esse caminho, à previsão da revogação arbitrária até ao momento do preenchimento da condição. Mas, por outro lado, a doutrina do direito comum não pôde certamente esconder que é necessária protecção para os interesses de terceiras pessoas assim postos em risco<sup>107</sup>. Isto conduz-nos à segunda das formas de tratamento jurídico aqui concebíveis:

2) a *ineficácia da revogação perante aqueles que já realizaram os preparativos para a prestação*. Os defensores desta posição<sup>108</sup> baseiam-se no facto de nesses preparativos já estar contida uma aceitação, desse modo se fundamentando a vinculação do adversário a esperar pelo resultado, o qual então decide definitivamente sobre a pretensão.

Não posso aprovar esta posição. Ela parece ter resultado da suposição de que o concorrente a uma recompensa estaria, a não ser assim,

<sup>106</sup> BORNEMANN, *System. Darstellung des preuss. Civilrechts*, III, § 206, (2.<sup>a</sup> ed., p. 194).

<sup>107</sup> SCHWEPPE, *Das röm. Privatrecht*, vol. 3, § 504 (4.<sup>a</sup> ed.) admite, é certo, a revogabilidade sem mais da promessa ao público até à prestação do serviço, "porque o contrato não tem lugar até então"; assim também WENING-INGELHEIM, *Lehrbuch des gem. Civilr.*, vol. 2, § 238 (4.<sup>a</sup> ed.).

<sup>108</sup> UNTERHOLZNER, *Lehre von den Schulverhältnis*, vol. I, p. 53, PUCHTA, *Pandekten*, § 259, SINTENIS, ob. e loc. cit., ARNDTS, *Pandekten*, § 241.

inteiramente desprovido de protecção<sup>109</sup> – uma suposição cuja falta de fundamento espero demonstrar já de seguida –, e sustenta-se e cai com a questão de saber se naqueles passos preparatórios se pode logo divisar uma aceitação. Não consigo convencer-me disso. A aceitação apenas se verifica com o preenchimento real da condição, todas as disposições preparatórias podem, pois, quando muito valer como *passos para a aceitação*, não como a própria aceitação, nem sequer mesmo como início desta. Pois quem garante o resultado destes passos, ou, sequer, apenas a posterior continuação da actividade? Sendo a aceitação, porém, apenas visada ou preparada, não pode ainda atribuir-se-lhe o efeito de vincular o proponente. Aquela posição reconduz-se, portanto, na realidade, a, em lugar de *inferir, postular* a proposição jurídica que enuncia.

Este postulado é necessário? A resposta a esta questão pode ser dada pela posição seguinte<sup>110</sup>.

3) *admissibilidade da revogação da promessa ao público, mas com obrigação de indemnização por culpa in contrahendo*.

A situação do concorrente que a meio da sua actividade é surpreendido pela revogação da promessa não é diversa da do aceitante num contrato entre ausentes, que da mesma forma é atingido pela revogação da proposta. Ambos realizaram aquilo que o oferente desejava por confiarem na sua palavra, e têm agora de concluir que o resultado que pensavam estar-lhes prometido se frustrou mediante declaração de vontade da outra parte. Tal como num caso, também no outro o oferente tinha de, no momento da revogação, ter presente a possibilidade de um tal efeito desvantajoso. Se, apesar disso, ainda decide dar esse passo, fecha com isso os olhos à consideração que na contratação deve ter para com a outra parte, isto é, incorre em *culpa in contrahendo*. Em ambos os casos, a revogação intervém numa relação contratual considerada ainda em formação, frustra pelo impedimento dessa formação a

<sup>109</sup> SINTENIS, ob. cit., "porque a não ser assim ele sofreria prejuízos com o seu esforço".

<sup>110</sup> VON SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II, p. 90, chega também ao mesmo resultado a partir do ponto de partida da *act. doli*.

actividade da outra parte que ele próprio desejou e causou. Não nos devemos deixar enganar por uma diferença na configuração fáctica de ambos os casos. Nos contratos entre pessoas ausentes a actuação com fundamento numa proposta ainda não aceita não origina qualquer pretensão de indemnização (p. 33); por que haveria de a originar aqui? A razão para esta diferença é evidente. Se ali o destinatário quisesse fazer valer uma tal pretensão, o proponente poderia responder-lhe: por que razão, antes de teres começado a actuar, não aceitaste a proposta? Tinhas nas tuas mãos a forma de te assegurar e não a utilizaste, as consequências prejudiciais da tua actuação prematura tens de as atribuir não a mim, mas antes a ti próprio. O autor da promessa ao público, pelo contrário, não pode fazer esta acusação ao concorrente, pois este último não pode nem deve de todo aceitar apenas por *palavras*, mas antes começar logo com a *acção*. Nos contratos como nas promessas ao público, o revogante que *induziu* o outro a uma acção contratual responde, mas nos *primeiros* apenas pode falar-se de uma indução quando o destinatário *aceitou* sem conhecer a oferta, enquanto *nestas* está excluída uma aceitação prévia pela vontade do autor da promessa e pelo fim do negócio.

Resulta do anteriormente dito que o concorrente não tem de demonstrar que as suas acções também teriam tido realmente o resultado esperado. Isto não se consegue de todo provar em muitos casos em que deveria ter tido lugar, para esse fim, uma *concorrência* de participantes, mas esta é desde logo impedida pela revogação da promessa ao público.

Diversamente, a *culpa* própria exclui aqui, como em todos os casos de *culpa in contrahendo*, a pretensão de indemnização. Quando, portanto, alguém, por exemplo, iria participar com um cavalo totalmente inadequado numa corrida de apostas para a qual foi anunciado um prémio, não pode, quando depois fica a saber que ela foi adiada, exigir o ressarcimento dos seus custos de viagem. Da mesma forma, recusaria a pretensão indemnizatória quando o autor da proposta se declara pronto a provar que as acções do demandante também não teriam de todo atingido qualquer resultado, mesmo sem a revogação da proposta; neste caso o demandante não sofreu de todo *danos* por causa da revogação, e este é justamente o pressuposto da nossa acção.

Uma outra hipótese de aplicação desta acção, a que a promessa ao público pode dar ocasião, já foi anteriormente referida (p. 39), e nada tenho aqui mais a acrescentar.

Fecho este artigo com a esperança de que, apesar do cuidado que pus na recolha dos casos aqui pertinentes, ainda me possam ter escapado alguns, e dirijo a quem quer que esteja em situação de me enviar um contributo o pedido de mo fazer chegar, de modo a que o possa utilizar para uma eventual futura revisão desta teoria.