



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

*Da Responsabilidade no Processo de Negociação para a
Aquisição de Empresa*

MIGUEL PISSARRA MACHADO

Sob a orientação da Sra. Dra. Rita Amaral Cabral

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito e Gestão

Lisboa, Novembro de 2017

Palavras-chave: negociações, acordos
preliminares, responsabilidade pré-contratual,
culpa in contrahendo, boa fé

Lista de Abreviaturas e Siglas

Ac.	Acórdão
AA.VV	Autores Vários
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BMJ	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
Bull.	Boletim do Ministério de Justiça
CC	Código Civil
CFR.	Confronte-se
EUA	Estados Unidos da América
<i>Ibidem</i>	Autor e obra citados anteriormente
n.º	Número
ob.cit	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vd.	<i>Vide</i> (veja-se)
v.g	<i>Verbi gratia</i>
§	Parágrafo/Secção

Índice Sistemático

I O Espaço Negocial	5
1.1 A negociação	5
1.2 A aquisição de empresa.....	6
1.3 Enquadramento do acordo intermédio e do contrato promessa no processo aquisitivo	8
II Direito Comparado	10
2.1 A responsabilidade nascida no período negocial: uma perspectiva comparatística	10
2.2 Sistemas de <i>Civil Law</i>	11
2.2.1 Jhering, e o nascimento da <i>culpa in contrahendo</i>	11
2.2.2 Direito Francês: uma solução diferente.....	14
2.2.3 A solução do <i>Codice Civile</i> italiano.....	15
2.3 Sistemas de <i>Common Law</i>	16
2.3.1 A visão tradicional	16
2.3.2 A experiência britânica.....	19
2.3.3 A concepção vigente nos Estados Unidos.....	22
III Direito Português	25
3.1 Enquadramento: a responsabilidade pré-contratual.....	25
3.2 O dever de informar.....	28
3.3 O dever de lealdade: sigilo e “actuação consequente”	29
IV Os Acordos Intermédios no Direito Português	32
4.1 Acordos intermédios e definição do respectivo conteúdo	32
4.2 Acordos típicos.....	34
4.2.1 Cartas de Intenção/ <i>letters of intent e os agreement to negotiate</i>	34
4.2.2 Acordo instrumental de transição.....	37
4.2.3 <i>Confidentiality agreement</i>	37
4.2.4 Acordos de negociação exclusiva: <i>lock in e lock out agreements</i>	38
4.2.5 <i>Agreement with open terms</i> ou o acordo parcial	39
4.2.6 Contrato-Promessa	40
V Síntese Conclusiva	44
Bibliografia	46

I

O Espaço Negocial

1.1 A negociação

O processo de formação clássico do contrato típico do direito oitocentista, geralmente consagrado nos códigos civis, não oferece, amiúde, resposta às exigências negociais dos dias de hoje. A constante inovação dos modelos negociais e transformação do objecto mediato da relação jurídica, carregada em parte pelo desenvolvimento de novos instrumentos económicos e financeiros, exige maior flexibilidade e maior capacidade de integração de diversos elementos e dados extra-jurídicos. A complexidade dos negócios jurídicos cresceu e continua a aumentar, criando não só verdadeiros novos tipos negociais¹, como permitindo diversos arranjos, designadamente, no que toca a partilha de risco do negócio em diversos pontos da negociação, requerendo uma concomitante evolução dos processos negociais. Num contexto de negociações de mais elevado vulto e complexidade, o modelo clássico de troca de correspondência e contra-propostas até que se atinja um consenso entre as partes revela-se potencialmente insuficiente e desadequado nos dias que correm para tutelar os interesses envolvidos que surgem subordinados a factores de diversa natureza².

Em muitos dos mais significativos destes contratos, contrariamente ao encadeamento clássico de trocas de proposta e aceitação, o desenrolar do processo negocial que antecede a conclusão do negócio, ocorre frequentemente de forma mais gradual e sequencial, incluindo tipicamente intercâmbios de várias versões preliminares, com vista à obtenção de consensos obtidos a contatadas relativamente a pontos-chave que cada uma das partes entende que são necessários para a perfeição contratual (implicando conquistas e cedências de ambas as partes). Se na concepção tradicional se identifica de maneira mais ou menos clara um momento que consubstancia a

¹ A temática da evolução dos modelos negociais em face do enquadramento legal dos negócios jurídicos não é de hoje, como já havia tratado VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “Das obrigações em geral”, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p.229

² Era a conclusão a que já chegava em 1987 FARNSOWRTH, E. ALLAN, “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, *Columbia Law Review*, Vol. 87, No. 2, p. 219. Ou COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA “Direito das Obrigações”, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2009

aceitação da proposta, nas novas formas negociais a determinação do consenso não é assim tão clara. E se a troca de documentação assinada pelas partes (o chamado “*closing*”) deixa poucas dúvidas quanto à existência de uma negociação concluída, torna-se por vezes difícil aferir o grau de vinculação das partes nos momentos anteriores.

Negócios como, designadamente, a realização de *leasings*, *factoring*, *joint ventures*, realização de negócios através de *project finance*, ou projectos de M&A empresariais, são figuras que se enquadram neste novo paradigma negocial e que têm vindo a ser consolidadas não só pela prática empresarial, como também pelo correspondente acolhimento doutrinal e, por vezes, pelo legislador. São negócios que se caracterizam por períodos de negociação extensos, durando meses ou mesmo anos, altamente sequenciais, e exigem a conjugação de áreas que podem ir da finança, à engenharia ou informática, bem como a participação de diversos membros de órgãos estatutários de sociedades envolvidas, advogados especialistas em várias matérias, banqueiros, entidades administrativas em alguns casos, e técnicos especializados. Da perspectiva do direito está-se perante transacções que envolvem as mais das vezes a conciliação de diversas áreas do Direito, como, a título de exemplo, societário, laboral, da propriedade intelectual, da concorrência, ou administrativo³.

1.2 A aquisição de empresa

As considerações genéricas acima expostas encontram plena aplicação na chamada aquisição de empresa, negócio atípico e inominado à luz do direito português, mas nem por isso menos comum. Pode definir-se latamente este negócio como a operação de aquisição do controlo sobre o capital social e governo de uma sociedade, conferindo titularidade económica sobre a empresa detida⁴. Dada a complexidade do objecto do negócio, esta transacção reconduz-se quase sempre ao paradigma moderno da realidade negocial. Atendendo desde logo à variedade de configurações que o processo negocial pode adoptar, tanto podendo ocorrer através de concurso público, como ter início em oferta pública de aquisição, ou decorrer através de negociação directa entre sociedade(s) adquirente(s) e sociedade(s) a adquirir. Existe ainda uma potencial indefinição no que

³ A plasticidade da operação aquisitiva, como descrevem CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, CÂMARA, PAULO, *AA.* VV “Aquisição de Empresas”, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2011, p.16

⁴ A definição escolhida reconduz-se à figura do “*asset deal*”, por ser a principal modalidade de negociação empresarial no presente.

diz respeito ao objecto mediato da “aquisição”, o qual tanto pode corresponder aos bens que constituem o activo de uma empresa (constituindo neste caso uma transmissão directa ou *asset deal*) como a participações sociais da sociedade que a detém (*share deal* ou *transmissão indirecta*). Ficam ainda por definir inúmeras questões do foro societário, respeitantes à estrutura das sociedades envolvidas, que podem (ou não) sofrer alterações fundamentais na sua orgânica em virtude da transação. A toda esta margem de autonomia das partes, alia-se a mencionada ausência de previsão legal nos *share deals*, deixando a tramitação órfã de guias específicos que possam reger ou estruturar abstractamente estas operações, sujeitando-as, em grande parte a costumes negociais e à conveniência dos interesses das partes.

Encetar negociações dependentes de tantas variáveis, com um objecto tão complexo e mutável, que movimentam frequentemente elevadas quantias de dinheiro (as operações de M&A envolveram mais de 4.5 triliões de dólares no ano de 2015⁵) e, como frequentemente a própria prática exige, manter tais preliminares no decurso de morosos processos de *due diligence*, acarreta sempre o risco de se verificarem prejuízos patrimoniais que se podem manifestar sobre a forma de danos emergentes ou lucros cessantes⁶. Existem, tipicamente, várias condições precedentes cuja verificação se revela imprescindível para a celebração do acordo final, como obtenção de financiamentos para viabilizar a operação, cessões de créditos com instituições bancárias que sejam credoras das sociedades envolvidas, e acordos entre diferentes sócios ou accionistas. A vontade das partes envolvidas nestas operações é sempre passível de sofrer alterações no decurso do processo negocial, fruto de informações recolhidas, de outras vicissitudes da fase preliminar (como conflitos entre sujeitos envolvidos), ou mesmo resultantes de circunstâncias alheias às partes (v.g circunstâncias legislativas ou económicas). A sujeição prolongada a circunstâncias que são mutáveis é susceptível de gerar incerteza nas partes, podendo colocar-se em causa a manutenção do interesse das mesmas na continuação de negociações.

Os elementos elencados não representam todas as dificuldades que se põem no momento de configurar a operação de aquisição. A sua enunciação é, todavia, suficiente para destacar a necessidade e o interesse que potencial alienante e adquirente têm em processos negociais

⁵ Valores e dados relativos ao volume de negócios disponíveis em <https://imaa-institute.org/mergers-and-acquisitions-statistics/>

⁶ Despesas incorridas no processo negocial, oportunidades de negócio perdidas ou perturbação da normal actividade operacional que ocasione perdas.

extensos, assentes numa multiplicidade de actos tendentes ao efeito translativo, mas que, em contrapartida, aumentam os riscos de prejuízos em que incorrem. Riscos como os acarretados pela divulgação de informação sensível, ou pela realização de investimentos preparatórios, ou ainda pela realização de actos assentes na expectativa de realização do negócio com consequente frustração pela ruptura negocial. Nesse sentido, apesar de não existir um procedimento rígido e, muito menos, tipificado, que anteceda a celebração do negócio final, existem práticas que visam a protecção dos interesses das partes e mitigação dos riscos a que as mesmas ficam sujeitas uma vez iniciadas as negociações.

1.3 Enquadramento do acordo intermédio e do contrato promessa no processo aquisitivo

É na fase pré-contratual⁷ que surgem os acordos intermédios que se podem definir genericamente como contratos celebrados no período compreendido entre o início e o fim das negociações⁸. A derradeira finalidade destes acordos será a de enquadramento de expectativas das partes e limitação do risco negocial em que estas incorrem, mas sem gerarem necessariamente a obrigação de concluir o contrato final. Servem o propósito de organização do próprio processo negocial, ou até mesmo de desbloqueio de certas situações paralelas à negociação em si, mas que sejam essenciais para a celebração do negócio final⁹.

A designação destes acordos é variável, podendo surgir sob diversos nomes, dependendo quer do sistema jurídico em que operem, quer da finalidade concreta da respectiva celebração. No entanto, mesmo nos sistemas de *Civil Law*, a terminologia prevalecente acabou por ser a anglo-saxónica, seja na versão original, seja através de tradução literal: “*Heads of agreement*”, “*Preliminary agreement*”, “*Agreements in principle*”, são designações correntes e admitidas em países de *Civil* e *Common Law*¹⁰ e que têm utilização em Portugal.

⁷ A acepção de “*iter*” negocial que inclui a fase negociatória do contrato como a fase decisória, estabelecida por PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, “Boletim da Faculdade de Direito”, Suplemento XIV, Universidade de Coimbra, 1966, p. 170

⁸ JÚNIOR, E. SANTOS, “Direito das Obrigações I Sinopse Explicativa e Ilustrativa”, 2ª ed., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2012, p.198

⁹ Alude-se aqui, a título de exemplo, a eventuais contratos de financiamento que sejam indispensáveis para o potencial adquirente, de prestadores de serviços como auditores, ou ainda reunir consentimentos ou aceitações de credores que surgem amiúde como entraves à realização do negócio.

¹⁰ JÚNIOR, E. SANTOS, “Acordos Intermédios: entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato”, ROA, ano 57, vol. II, p. 569

É importante ressaltar desde já que tais acordos não devem ser confundidos com contratos tipificados no Direito português, cuja celebração também ocorre nos estádios intermédios do processo negocial, os denominados acordos preliminares, de que cujo tipo mais conhecido e frequente é o contrato-promessa. Sem prejuízo de um tratamento posterior mais aprofundado, a destrição dos dois pode ser feita desde logo: apesar de temporalmente também se situar no período negocial, este é preliminar em relação ao contrato final, definindo o essencial do respectivo clausulado ou o seu quadro jurídico, e constitui as partes na obrigação de realizar declaração negocial correspondente ao negócio prometido, ditando assim o fim (ou quase) às negociações. A vinculação das partes a estes acordos quando eficazmente celebrados não é susceptível de ser posta em causa, por se tratar de um negócio típico e nominado. Já no caso dos acordos intermédios, se a sua juridicidade não é questionável, quanto mais não seja para efeitos de auxílio na interpretação do contrato final¹¹, as obrigações a que cada parte se sujeita são menos claras e pacíficas.

Antes de proceder a uma averiguação da possível utilidade e das especificidades dos contratos preliminares, cabe apresentar os princípios que os enquadram, tanto em sistemas de *Common Law*, o berço de muitos destes novos tipos negociais, como nos ordenamentos de *Civil Law*, onde os institutos em apreço também têm aplicação corrente. Neste sentido, há que harmonizá-los com a configuração que em cada ordenamento é dada à autonomia privada e suas limitações, à responsabilidade no momento pré-contratual, e a própria relevância que boa fé na formação dos contratos assume. A conjugação destes princípios que cada Direito consagra é fundamental para aferir do eventual espaço de utilidade e função dos acordos considerados.

Por fim, reserva-se a parte final do presente estudo para considerações sobre os acordos intermédios mais comuns, e sobre os conteúdos destes em face do Direito Português, ponderando os entendimentos doutrinários e decisões jurisprudenciais relevantes, e ainda um confronto com o Contrato-Promessa, também usual nas operações consideradas.

¹¹ SANTOS JÚNIOR, ob.cit., p.598

II

Direito Comparado

2.1 A responsabilidade nascida no período negocial: uma perspectiva comparatística

A presente confrontação incidirá sobre regimes de *culpa in contrahendo*, por consistir no instituto que permite conferir relevância jurídica à actuação dos sujeitos na fase preparatória dos contratos. A abordagem incidirá sobre o seu acolhimento, qualificação e respectiva aplicabilidade.

O objecto da presente comparação sumária serão os regimes de responsabilidade pré-contratual nos ordenamentos de maior expressão consagrados nos sistemas de Civil Law (de raiz romano-germânica) e de *Common Law*, nomeadamente o britânico e o norte-americano, o que se justifica, não só por ocuparem lugar de grande relevância no comércio jurídico internacional, como ainda por motivos de diferenciação cultural de outros ordenamentos relativamente a esta matéria. Dentro do sistema de *Civil Law*, o objectivo é destacar o entendimento dominante entre as principais ordens jurídicas relativamente à configuração e tratamento da responsabilidade no período pré-negocial, ao passo que na apreciação dos sistemas de *Common Law* se procurará expor o tratamento jurídico dado pelo Direito Inglês e o dos EUA.

Apesar de diferenças patentes, o cotejo de regras respeitantes a determinados institutos jurídicos pertencentes a diferentes sistemas jurídicos encontra razão de ser na similitude dos fins que essas normas perseguem, e de um mundo negocial cada vez mais uniformizado. Além de uma justificação substantiva, a comparação revela-se proveitosa também como método de estudo:

Na verdade, parece evidente que para compreender com maior profundidade o tratamento de determinado instituto, importa conhecer as diversas soluções de direito positivo que lhe são reservadas, bem como o entendimento que as suporta.

2.2 Sistemas de *Civil Law*

2.2.1 Jhering, e o nascimento da *culpa in contrahendo*

Começa-se o estudo dos ordenamentos de *Civil Law* pelo ordenamento germânico, o que facilmente se compreende por ser concretamente considerado o meio onde nasceu a primeira formulação de responsabilidade pré-contratual.

Iniciando com uma curta resenha histórica, foram o *Allgemeines Landrecht* da Prússia de 1794 e o *Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch* austríaco de 1811 as primeiras codificações a consagrar normas referentes à responsabilidade pré-contratual. No primeiro, estipulava-se que aquilo que se dispõe relativamente a deveres das partes no cumprimento dos contratos, não é passível de ser descurado na conclusão dos mesmos, bem como que aquele que violar os seus deveres na ocasião de formação do contrato é responsável pela indemnização da totalidade do interesse do lesado. No segundo, estabelecia-se que ficava obrigado à reparação dos danos que causasse, aquele que enganasse outrem no processo negocial, através de expressões obscuras ou actos simulados, bem como quem recorresse a temor injusto ou dolo¹².

Apesar de não ter sido novidade absoluta¹³, é atribuída a Jhering, no seu ensaio de 1861, a enunciação da *culpa in contrahendo*. Neste estudo o jurista germânico pugna pela necessidade de existência de um princípio segundo o qual na fase preparatória ou durante as negociações se cria uma relação jurídica da qual decorrem deveres de conduta para ambos os potenciais contraentes, e cujo incumprimento é gerador de responsabilidade de indemnizar o interesse contratual negativo do lesado. Jhering indaga, consequentemente, da existência de dever de ressarcimento do lesado que recai sobre aquele que, culposamente, dá origem à nulidade do contrato e que, por força dessa invalidade, determina um dano para a contraparte. A resposta negativa que até então era dominante deixava desprovido de tutela todo um conjunto de situações, fazendo pender o prejuízo sobre a parte alheia ao facto na origem do dano. Esta nova responsabilidade, baptizou-a Jhering de *culpa in contrahendo*, fundada numa imposição de justiça

¹² Cfr. VICENTE, DÁRIO MOURA, “Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado”, Almedina, Coimbra, 2001, p. 242

¹³ Atendendo às codificações anteriores e como refere CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Teoria Geral do Direito Civil - Volume 1º”, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, p. 686

que ditava a ressarcibilidade dos danos sofridos com culpa da contraparte, desde que estes fossem gerados pela falta de observação da diligência positiva que incumbe aos contraentes que negociam com vista à formação de um contrato. Deste modo, com a entrada num processo negocial, o sujeito abandonaria o campo dos meros deveres negativos extracontratuais¹⁴. Ocorreria, por esta via, um alargamento às relações constituídas da diligência positiva e das regras referentes à culpa, típicas das situações constituídas¹⁵.

Cabe salientar, contudo, que para Jhering a responsabilização pelo incumprimento das ditas obrigações pré-contratuais pressupunha sempre a conclusão do contrato, o que se justificava pela natureza contratual que atribuía à da culpa *in contrahendo*¹⁶. Jhering afastava ainda do âmbito desta responsabilidade os danos patrimoniais positivos, com o fundamento da necessidade de afastar os inconvenientes que uma responsabilidade pré-contratual demasiado abrangente teria no comércio jurídico.

Originalmente, o BGB apenas impunha o dever de actuação conforme a boa fé na execução dos contratos, não existindo tão pouco uma cláusula geral relativa à *culpa in contrahendo*. Até à sua consagração por via do actual § 311/2/1, a influência de Jhering em termos de direito positivo fazia-se sentir em normas referentes à causação de invalidade do contrato, omissão de recusa expressa de proposta ou ocultação de vícios¹⁷.

No entanto, no direito alemão a responsabilidade pré-contratual foi plasmada não pela lei ou pelo BGB, mas sim no costume jurisprudencial de início do século XX, através da aplicação por analogia dos referidos preceitos. A evolução da figura da *culpa in contrahendo* através da jurisprudência foi assinalável: em 1911, uma decisão do Tribunal do Império admitiu pela primeira vez a responsabilidade por parte de um proprietário de uma loja, por danos causados a uma prospectiva cliente, fundada na violação de deveres pré-contratuais de diligência e cuidado quanto à saúde e propriedade da contraparte, ainda que no momento da efectivação do dano ainda

¹⁴ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Da boa fé no Direito Civil”, 1997, Almedina, Coimbra, p. 530

¹⁵ VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p.242

¹⁶Veja-se a tradução da citação: “o mandamento da *diligentia* contratual vale tanto para as relações contratuais constituídas como para as constituídas, fundada a sua violação, aqui como além, uma acção indemnizatória contratual”, *Ibidem*, p. 243

¹⁷ TENE, OMER, “Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective”,

não houvesse qualquer contrato, mas sim uma relação jurídica preparatória do contrato de compra e venda, que foi julgada como sendo análoga à relação contratual. Para este efeito, o Tribunal serviu-se da aplicação por analogia de um preceito a respeito da responsabilidade do devedor por actos do seu auxiliar¹⁸, uma vez que a responsabilização pela via contratual e extra-contratual se encontravam vedadas. Em 1912, surge a primeira consagração da *culpa in contrahendo*, ainda que esta responsabilidade ficasse sujeita à celebração do contrato final. Em 1918, demarcando-se da exigência relativa à execução do contrato, o Tribunal julgou que, constituindo a elaboração e execução do contrato um todo, não é aceitável que exista razão para que o cuidado devido pelas partes seja menor na conclusão do contrato do que na sua execução. A aceitação geral do instituto chegaria na década de 20, estabelecendo-se ainda que, uma vez encetadas negociações, as partes ficavam constituídas numa relação de confiança análoga à relação contratual, acarretando implicitamente deveres de diligência e cuidado. correspondentes ao tráfico normal¹⁹.

A relevância desta breve resenha histórica, é a de destacar como foi a evolução do entendimento deste instituto que posteriormente tanto influenciou os outros ordenamentos de *Civil Law*, salientando-se a tendência de alargamento de deveres passíveis de serem extraídos da boa fé, e conseqüentemente fundamento de responsabilidade por *culpa in contrahendo*. Mas haverá que ter em conta que o alargamento do âmbito da aplicação da *culpa in contrahendo* que ocorreu no direito germânico se deve, em parte, a especificidades do regime de responsabilidade civil consagrado no BGB. Os tribunais alemães recorreram ao instituto para ultrapassar as limitações que resultaram da técnica utilizada pelo legislador, estendendo a obrigação de indemnizar para além dos casos previstos no BGB.

Em termos de direito vigente, entende-se que são cominados às partes os seguintes deveres extraíveis da boa fé na fase pré-contratual: em primeiro lugar, os deveres de protecção, cuidado e assistência quanto à pessoa e propriedade da contraparte. Seguidamente, a violação de deveres de informação e esclarecimento quanto a factos que só uma das partes pode conhecer e que esta sabe serem fundamentais na formação da vontade da outra parte. Em terceiro lugar, o rompimento unilateral e injustificado de negociações por aquele que criou a convicção de que o negócio viria a

¹⁸ O “caso do linóleo” marca a primeira aplicação jurisprudencial da responsabilidade pré-contratual. Neste caso, uma potencial cliente, enquanto estava a ser assistida por um funcionário da loja, sofre danos resultantes da queda de um tapete de linóleo.

¹⁹ VICENTE, DÁRIO MOURA, ob. cit. p.244;

ser celebrado. Pertencem ainda ao lote de situações geradoras de responsabilidade pré-contratual o dar-se causa à invalidade do negócio, bem como a frustração do processo negocial causada por terceiros que, atendendo à posição que ocupam ou à influência que exercem, são determinantes na celebração do contrato²⁰

2.2.2 Direito Francês: uma solução diferente

No caso Francês a situação é bastante diferente do que ocorre na Alemanha. Em primeiro lugar, porque não existe uma consagração legal da responsabilidade pré-contratual, e depois porque a jurisprudência tem enjeitado a configuração de *culpa in contrahendo* alemã²¹.

A principal razão que explica o afastamento da concepção atrás referida consiste na dimensão e carácter absorvente que a responsabilidade delitual assume no Direito francês. Em causa estão os artigos 1240 e 1241 do *Code Civile*²², a respeito da responsabilidade extracontratual, cuja previsão mais abrangente acabam por permitir incorporar a responsabilidade por danos ocorridos na conclusão do contrato²³, tornando a sua autonomização desnecessária.

Não significa isto que não se reconheça a existência de dever de indemnizar fundado em delito pré-contratual. Mas das situações passíveis de originar a obrigação de indemnizar elencadas na doutrina e jurisprudência germânicas, apenas se reconduz àquele o rompimento unilateral de negociações unilateral e sem razão justificativa. O tratamento dado a estas situações é que diverge do cominado pelo direito alemão, uma vez que a doutrina e a jurisprudência francesas entendem que sem contrato, não há responsabilidade contratual, sendo todas as demais situações abrangidas pela responsabilidade delitual²⁴.

²⁰ VICENTE, DÁRIO MOURA, *ob.cit.*, p.248

²¹ MENEZES CORDEIRO, *Teoria...*, p. 689

²² Repare-se na amplitude que assumem as soluções, traduzidas, contidas nos artigos 1240 e 1241, respectivamente, do *Code civil*: “Qualquer actuação, que causa danos a outro, obriga aquele que tem culpa a repará-los.” e “Todos são responsáveis pelos danos que causem, não só pela sua própria actuação, mas também pela sua negligência ou imprudência.”

²³ VICENTE, DÁRIO MOURA, *ob. cit.* p. 257; KESSLER, FRIEDRICH e FINE, EDITH, “Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”, *Harvard Law Review*, Volume 77, Number 3, Faculty Scholarship Series, 1964, p. 407

²⁴ Nesse sentido, Cfr. Acórdão da Cassação de 20 de Março de 1972 (versão traduzida), decisão que fundamenta o dever de indemnizar um prospectivo comprador pelo rompimento “brutal” de negociações feito por um vendedor americano, em abuso de direito.

2.2.3 A solução do *Codice Civile* italiano

Outro ordenamento com relevância nos sistemas de *Civil Law* é o italiano. Nele temos a figura da responsabilidade pré-contratual consagrada no *Codice Civile Italiano* desde 1942, nos artigos 1337º e 1338º. No primeiro estabelece-se o dever de agir segundo os ditames da boa fé no desenvolvimento da negociação e na formação do contrato. No preceito que se segue, é estatuído o dever de ressarcimento de danos causados pela parte que sabendo ou devendo conhecer da invalidade do negócio, não o transmita à contraparte, que, sem culpa, confia na primeira.

Destes dois preceitos tem sido extrapolada uma série de situações potencialmente geradoras de responsabilidade pré-contratual. De entre estas destacar-se-ão as que mais relevam para o objecto de estudo. Para além do já mencionado dever de informar a outra parte da causa de invalidade do contrato, quando esta é conhecida, existem deveres como de informação à contraparte de circunstâncias atinentes ao contrato ou dever de clareza, ou de segredo, que no entendimento da jurisprudência e doutrina italianas, se entende que decorrem da boa fé que é imposta neste momento negocial. Adicionalmente, também a ruptura unilateral intempestiva de negociações é percebida como facto gerador de responsabilidade pré-contratual²⁵.

Em termos de jurisprudência, é pacífico que aquele que rompe unilateral e injustificadamente negociações preparatórias de um contrato, se torna responsável por indemnizar pelo interesse contratual negativo a contraparte que confia na celebração do negócio, não porque exista um dever de celebração do negócio, mas sim pelo assentimento dado à prática dos actos que ocasionam danos. Esta justificação para esta responsabilização assenta na ideia que ao encetar negociações, as partes celebram um acordo, expresso ou tácito, que incide sobre a realização de despesas entendidas como necessárias para que se atinja um acordo final²⁶.

²⁵ VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p.260

²⁶ MENEZES CORDEIRO, Da boa fé..., p. 541

Em termos de regime da responsabilidade, existe alguma controvérsia, defendendo a maioria da doutrina e da jurisprudência que a correcta subsunção se encontra na responsabilidade aquiliana uma vez que o artigo 1337 do *Codice Civile* corresponde à consagração da norma ampla que regula a responsabilidade extra-contratual e se contém no artigo 2043º. Há, contudo, defensores da respectiva qualificação como responsabilidade contratual, de qualificação casuística, ou ainda quem pugne pela autonomia da figura²⁷.

2.3 Sistemas de *Common Law*

2.3.1 A visão tradicional

Passando agora à análise dos sistemas de *Common Law*, nomeadamente do Direito Inglês e dos Estados Unidos, havendo que determinar se a concepção de responsabilidade no momento negocial e o instituto da *culpa in contrahendo* têm equivalência em solução semelhante à dos países de raiz romano-germânica.

Na concepção tradicional adoptada nestes ordenamentos, no decorrer do período negocial, não surgiriam para as partes quaisquer dos deveres de informação, de conduta, ou de esclarecimento como aqueles que há muito tempo a doutrina continental extraía do princípio da boa fé. Partindo de uma concepção de absoluto “*freedom of contract*” na sua formulação oitocentista, a máxima vigente quanto à formação do contrato consistia no *caveat emptor*, que literalmente se traduz em “*Let the buyer beware*”²⁸. Nos ordenamentos de origem anglo-saxónica havia uma nítida separação de dois únicos momentos: o das negociações e o da celebração do contrato. E a regra era a de que cada sujeito entrava nas negociações por sua conta e risco, e de que até à celebração do contrato não assumia qualquer obrigação. Este era o princípio orientador para a resolução de disputas e litígios comerciais, para os quais era fundamental o momento de celebração.

Desse modo, desde que não houvesse fraude, nenhuma sanção seria aplicável ao vendedor que não partilhasse ou omitisse elementos que soubesse serem fundamentais na formação da vontade do

²⁷VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p. 262

²⁸ De acordo com este princípio, comete-se ao comprador o ónus de tomar todas as diligências necessárias antes de celebrar um negócio, por forma a corrigir a assimetria de informação.

comprador, ou que constituíssem mesmo causa de invalidade do contrato. Foi enquadrado por este princípio que foi proferida a decisão de *Smith vs. Hughes*²⁹, na qual *Blackburn J.* afirma que “*whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor*”³⁰.

No que ao rompimento unilateral de negociações diz respeito, era (e ainda é) tido em alguns ordenamentos como perfeitamente lícito³¹. Qualquer circunstância poderia ser invocada para justificar o abandono da fase preparatória do contrato, sem qualquer sanção que se pudesse aplicar à parte desistente. Quem entra numa negociação tendo em vista obter um ganho económico resultante do negócio final, tem de estar disposto a acarretar com as perdas que sofra pelo insucesso daquelas.

O paradigma era assim de preponderância absoluta da liberdade negocial olhada como uma exigência do tráfico negocial que é fundamental acautelar. Qualquer solução no sentido de acrescentar dificuldades ou interesses tutelados no processo negocial era entendida como prejudicial para o comércio jurídico, e, por conseguinte, para a economia geral. Neste contexto, institutos como responsabilidade a pré-contratual ou a *culpa in contrahendo* eram, e por vezes, ainda são entendidos como subversivos dos princípios que devem prevalecer e, como tal, inadmissíveis quer do ponto de vista da aceitação doutrinal como da aplicação jurisprudencial^{32/33}. A escolha da boa fé como fonte de deveres de carácter geral que devem orientar a actuação das

²⁹ *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597: um treinador de cavalos de corrida, Mr. Hughes, após ter recebido uma amostra de aveia de um agricultor, Mr. Smith, decide realizar uma encomenda do mesmo produto. Depois do recebimento da primeira remessa, apercebe-se que errou, e adquiriu uma espécie de aveia que não servia para alimentar os seus cavalos. Mr. Hughes recusou-se a pagar, e Mr. Smith invocou incumprimento do contrato, pretendendo ser ressarcido pela primeira remessa e pelas outras despesas havidas com a encomenda.

³⁰ Com tradução livre: independentemente das considerações morais que se possam fazer, o vendedor não se encontra obrigado a informar o comprador da situação de erro em que se encontra se esta não for induzida pelo próprio vendedor

³¹ FARNSWORTH, ob.cit., p.221 “Em regra, as partes que negociam na formação de um contrato podem terminá-las a qualquer momento e por qualquer razão- uma mudança de vontade, de circunstâncias, um melhor negócio- ou mesmo sem razão” (Tradução livre); KESSLER, FRIEDRICH e FINE, EDITH, “Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”, Harvard Law Review, Volume 77, Number 3, Faculty Scholarship Series, 1964, p. 412

³² VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p. 275

³³ Na decisão de *Feldman v. Allegheny International*, estabelece-se que a boa fé não pode ser um guia de comportamento na fase negocial enquanto limitar a defesa dos próprios interesses.

partes foi-se revelando incompatível³⁴ com o carácter formalista e previsível que os ordenamentos de *Common Law* preconizavam, sendo preferíveis soluções casuísticas³⁵.

Contudo, a via tradicional e a absolutização da liberdade contratual têm sido, aos poucos, questionadas por se entender que conduzem a soluções insatisfatórias da perspectiva da justiça material (protecção da parte mais fraca), e por não responderem adequadamente às exigências de complexidade das novas formas e modelos negociais que mais recentemente foram surgindo³⁶. A evolução da tutela das partes na fase pré-contratual tem, no entanto, sido feita através de figuras como a *misrepresentation*, *os implied terms*, *o promissory estoppel*, ou enriquecimento sem causa, bem como da eventual imposição de deveres de conduta na fase negocial cuja violação é susceptível de ser sancionada. O que permite concluir que a omissão literal de um dever de actuação de acordo com a boa fé na fase negocial, não significa que exista um vazio de regime nos ordenamentos de *Common Law*, o que aliás não deixaria de ser estranho dada a similitude de práticas comerciais e sociais e de interesses subjacente aos dois sistemas³⁷. A diferença centra-se nas técnicas jurídicas, soluções ou mesmo institutos utilizados para disciplinar uma mesma realidade: a “*misrepresentation*”, o “*promissory estoppel*”, o enriquecimento sem causa, e eventuais deveres gerais de actuação nos preliminares.

A *misrepresentation*, em sentido mais amplo abrangente, consiste na falsa declaração de ciência (não se aplicando a declarações de vontade ou opiniões), proferida por uma das partes na formação do contrato, que afecta a formação de vontade da contraparte.

Já o *promissory estoppel*, consiste numa figura que nasce da doutrina da “*consideration*”, e que se funda na confiança que uma parte deposita justificadamente na promessa que é feita por outrem. Pode definir-se, sucintamente, como o reconhecimento do carácter vinculativo e da eficácia da promessa feita ainda que desprovidas de *consideration*, consistente na contraprestação devida pelo

³⁴ *Feldman v. Allegheny International*, 850 F.2d 1217 (7th Cir. 1988), em cuja decisão se profere (traduzido): “A boa fé não pode ser um guia. Num negócio o objectivo é tirar o maior proveito possível. Essa é a essência do mercado. Agir em interesse próprio não pode ser classificado como má fé”

³⁵ *Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] QB 433, [1988] 1 All ER 348, em cuja decisão é proclamado que “apesar de vários ordenamentos admitirem um princípio prevalecente de boa fé(...) a lei inglesa tem-se comprometido em não enveredar nesse sentido, mas sim em desenvolver soluções casuísticas perante problemas concretos de injustiça” (tradução livre).

³⁶ KESSLER, FRIEDRICH e FINE, EDITH, ob. cit, 401 e ss.

³⁷ *Ibidem*, p.408

promissário. O “*promissory estoppel*” foi gizado pela doutrina anglo-saxónica como forma de tornar os resultados iníquos gerados pela abordagem que estes ordenamentos adoptavam perante contratos em que uma das partes produzia declarações inverídicas com vista a induzir o declaratório a agir com base nelas, e posteriormente alegava a respectiva ineficácia com base na falta de *consideration*, não assumindo assim qualquer obrigação.

Mas são diferentes, como se verá, as concepções que se foram desenvolvendo a respeito destas figuras e da própria responsabilidade pré-contratual na doutrina e jurisprudência inglesa e norte-americana.

2.3.2 A experiência britânica

Com efeito, no Direito Inglês a visão tradicional permanece quase intocada, apenas mitigada pelas construções jurisprudenciais da *misrepresentation* e, com menor relevância, do *promissory estoppel*.

No entendimento dominante no Reino Unido, a *misrepresentation* aplica-se às denominadas *mere representations*, ou seja, às declarações produzidas em contexto contratual, mas que não integram o contrato, e encontra-se consagrada principalmente nas decisões *Derry v. Peek*³⁸ (1889), e *Hedley Byrne v. Heller* (1964)³⁹ e nos *Misrepresentation Act de 1967*, nas quais se estatuem os tipos de

³⁸ A empresa Plymouth, Davenport and District Tramways alegou, no seu prospecto, o direito a utilizar comboios a vapor, ao invés de apenas carruagens puxadas por cavalos. Sucede que, contrariamente ao que previa por acreditar que a concessão de licença era uma mera formalidade, foi rejeitada o direito a utilizar os ditos comboios a vapor. Os accionistas, encabeçados por Sir Henry Peek, baseados na falsa declaração da empresa, acabaram por processar a sociedade, que entrou em liquidação. Na decisão de Lord Herschell escreveu:” where the fact that an alleged belief was destitute of all reasonable foundation would suffice of itself to convince the court that it was not really entertained, and that the representation was a fraudulent one.”

³⁹ Uma empresa de publicidade, *Hedley Byrne & Co*, recebeu uma grande encomenda de outra empresa, a *Easipower Ltd*. Por forma a obter um melhor conhecimento da situação financeira da empresa, enviou uma carta ao banco *Heller and Partners Ltd.*, que deu conta do bom estado financeiro da empresa, apesar de excluir expressamente a responsabilidade pela veracidade das informações prestadas. Sucede que a *Easipower Ltd*. entrou em liquidação pouco depois, causando grandes perdas à *Hedley Byrne & Co.*, o que levou a empresa a accionar o banco. Na sentença, foi considerado que a errada informação prestada foi fundamental na formulação da decisão de contratar, gerando um “*special relationship*” no qual o prestador de informação tem de ter cuidado particular. No entanto, não houve lugar ao pagamento de qualquer indemnização por força da declaração de exclusão de responsabilidade. Esta foi a primeira decisão em que foi considerado um dever de cuidado na prestação de informação, não resultante de um contrato, mas sim de uma relação de especial cuidado.

misrepresentation - fraudulenta, negligente e inocente, cada qual com o seu regime. As sanções que cominam estes casos consistem, caso seja *misrepresentation* fraudulenta ou negligente, na faculdade que é atribuída ao declaratório de resolver o contrato, com a consequente obrigação de restituição do que haja sido prestado bem como no direito de ser indemnizado pelos danos sofridos por causa dela⁴⁰.

Não havendo no direito inglês um dever de informar a contraparte de factos susceptíveis de influenciar a sua decisão de contratar, o que resulta do concepção de “*negotiation at arm’s length*”⁴¹, a mera omissão de uma informação, ainda que se possa considerar relevante na formação da vontade do declaratório, não preenche o pressuposto de aplicação desta figura, exceptuando os casos em que o silêncio acabe por deturpar a própria declaração negocial ou quando sejam violados deveres legais de informação⁴².

No que à interpretação diz respeito, o Direito inglês coloca maior ênfase no texto do contrato do que aquele que atribuído ao elemento literal pelo Direito continental. Fugindo a esta tendência, a doutrina tem-se demonstrado mais receptiva à possível integração de *implied terms*, ou seja, aquilo que à luz dos direitos do *Civil Law* se chamaria de direito dispositivo, e que, corresponde às soluções e ao regime susceptíveis de ser afastados por via de *express terms*, ou então, através da prestação de informação necessária e adequada sobre o estado e qualidades das coisas que constituem objecto do contrato. Por via dos *implied terms*, o Direito comercial inglês abre a porta à prestação de deveres de informação na fase preliminar do contrato que no Direito continental decorrem do princípio da boa fé nas negociações e se enquadram na responsabilidade pré-contratual.

Quanto ao *promissory estoppel*, foi acolhido pela jurisprudência inglesa na década de 40, sendo invocado por Lord J. Denning na decisão *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited*⁴³. No entanto, vigora a ideia de que este apenas pode ser utilizado como meio de

⁴⁰ *Section 1, Misrepresentation Act*

⁴¹ Negociações em que as partes agem independentemente, prosseguindo apenas o respectivo interesse e sem consideração pelos efeitos na contraparte.

⁴² VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p. 278

⁴³ *Central London Property Trust Ltd. v High Trees House Ltd.*, [1947] 1 KB 130, [1956] 1 All ER 256.

No período da II Guerra Mundial as taxas de ocupação dos apartamentos em Londres caíram para metade do habitual. Foi prometida, na altura, uma redução das rendas para metade, sem que tivesse ficado

exceção contra direitos inadmissíveis que o promitente venha a invocar contra o promissário, preservando a linha de utilização estabelecida pela jurisprudência de que “*the promissory estoppel is a shield, not a sword*”⁴⁴, mormente no caso *Combe v. Combe*⁴⁵.

Em face do exposto, pode concluir-se que através do desenvolvimento da *misrepresentation*, o Direito Inglês consegue de alguma forma uma tutela análoga à da responsabilidade pré-contratual. Não obstante, é entendimento consensual que não existe um dever geral de actuação de acordo de boa fé na fase preliminar dos contratos⁴⁶, ficando determinadas manifestações de boa fé circunscritas a matérias que assumem um carácter de exceção⁴⁷. Não impende assim sobre as partes um dever de partilha da informação que possa ser considerada relevante, e é considerada contraditória com a concepção de negociação e de contrato qualquer restrição à liberdade que as partes têm de unilateralmente romper um processo negocial, ainda que resulte de acordo entre as partes. Foi esse o entendimento perfilhado na decisão da Câmara dos Lordes no caso *Walford v. Miles* (1992)⁴⁸, em que autores e réus acordaram verbalmente que, mediante a apresentação por pelos autores de uma carta de conforto subscrita por uma entidade bancária, estes poriam termo a negociações com terceiros para venda do seu negócio e desconsiderariam propostas que não as dos autores (configurando assim um “*lock out agreement*”). Após a apresentação da carta de conforto, as partes assinaram um *agreement to negotiate*, no qual foi expressa a vontade de vender nos termos já acordados e nos demais que viessem a sê-lo. Contudo, os réus acabariam por vender o dito negócio a um terceiro. Na fundamentação da sentença, sustenta-se que admitir a existência de um dever de negociar (*fair dealing*), seria desconsiderar a posição antinómica das partes, que podem e devem proteger os seus interesses da maneira que melhor entenderem. Por conseguinte, um acordo preliminar que vinculasse as partes a negociar de boa fé ou que restringisse a sua

prometida a duração dessa redução. Terminada a guerra, os proprietários pretendiam regressar à renda anterior, enquanto os arrendatários invocaram a promessa feita. Na sentença foi estabelecido que o promitente se poderia destrar da promessa realizada, uma vez que, atendendo às circunstâncias, não haveria dano de confiança do arrendatário com a revogação da promessa.

⁴⁴ Traduzindo livremente em: o *estoppel* é um escudo, não uma espada.

⁴⁵ *Combe v. Combe* (1951), *Court of Appeal* 2 KB 215. Durante o casamento, Mr. Combe prometeu pagar sua esposa, Mrs. Combe uma “*annual maintenance*”, e fê-lo até ao divórcio. Mrs. Combe alegou que agiu tendo por base a promessa, ainda que sem *consideration*, que Mr. Combe lhe havia feito, e, por conseguinte, invocou *promissory estoppel*. Apesar da decisão na primeira instância ter dado razão a Mrs. Combe, Lord J. Denning, determinou que *promissory estoppel* não era fundamento de cumprimento de uma promessa sem *consideration*, e por conseguinte, enquanto causa de pedir em termos gerais

⁴⁶ VICENTE, DÁRIO MOURA ob.cit, p.249

⁴⁷ Remetendo para a decisão de *Interfoto v. Stilleto* acima mencionada.

⁴⁸ *Martin Walford v. Charles Miles* (1992) *ADR. L.R*

liberdade de lhes pôr termos, não deveria ser julgado eficaz⁴⁹. Nestes termos, ainda no que aos acordos intermédios respeita, prevalece a orientação ditada no caso *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Bros. (Hotels) Ltd.* em 1975, em que Lord J. Denning rejeitou a admissibilidade de uma regulação negocial na fase preparatória de um contrato por via de um *agreement to negotiate* por este ter um conteúdo demasiado incerto para ser vinculativo⁵⁰.

Nestes termos, dada a clara separação entre momento negocial e execução do contrato que é realizada no Direito Inglês, e a desconsideração da eficácia de acordos com carácter intermédio que obrigue as partes a negociar de boa fé, torna-se fundamental a tarefa de interpretação, para aferir que tutela cabe ao caso.

2.3.3 A concepção dominante nos Estados Unidos

Distinto é o caso do direito Norte-americano e das repostas que oferece no que toca ao tratamento da boa fé nos vários momentos da vida do contrato. E, de facto, pode dizer-se que este ordenamento fica num meio-termo entre os ordenamentos do *Civil Law* e o direito inglês. Tal manifesta-se na consagração de deveres de agir de boa fé no cumprimento dos contratos⁵¹, nas considerações tecidas ainda que muitas vezes de forma ambivalente a propósito da eficácia de acordos preliminares, e também na maior abertura por parte da jurisprudência a institutos que fundamentam a responsabilidade pré-contratual embora frequentemente complicada pelas dificuldades conceptuais em definir qual a correcta medida de ressarcimento: se pelo interesse contratual negativo, se pelo interesse contratual positivo⁵².

Tal como no Direito Inglês, também a emissão de declarações forma negligente ou culposa que não correspondam à verdade, de, pode desencadear responsabilidade pré-contratual⁵³, tendo sido levado mais longe na codificação do *Restatement 2nd of Contracts* ou no caso *Markov v. ABC*

⁴⁹ Na sentença, Lord Ackner sustentou: “A razão pela qual um acordo de negociação, como um acordo para acordar, não pode ser vinculativo consiste na falta de certeza (...) Contudo, o conceito de dever de negociar é inerentemente repugnante atendendo à posição antinómica das partes de uma negociação. Cada parte tem o direito de proteger os seus interesses desde que evite cometer *misrepresentation*” (tradução livre).

⁵⁰ *Courtney and Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.*, [1975] 1 All ER 716.

⁵¹ *Restatement 2nd of Contracts* § 205, e *Uniform Comercial Code* § 203

⁵² FARNSWORTH, *ob. Cit.*, p.223

⁵³ *Ibidem*, p. 233

*Transfer and Storage*⁵⁴. Este último julgou que a omissão da verdadeira razão de negociação do contrato tinha o valor de uma declaração falsa, fundamentando o dever de indemnizar pela não conclusão do contrato. Entende-se assim que a entrada em negociações sem uma verdadeira intenção de atingir um acordo pode gerar responsabilidade pré-contratual por via de *misrepresentation*⁵⁵

Também o enriquecimento sem causa foi considerado fonte de responsabilidade pré-contratual, em casos em que, por ocasião de negociações, tivesse ocorrido apropriação de algum elemento, como uma ideia ou segredo, que susceptível de conferir uma vantagem injustificada a uma outra parte, apesar de não colher significativa aplicação jurisprudencial.

Já quanto ao *promissory estoppel*, os primeiros passos na aceitação desta figura foram dados pela jurisprudência norte-americana no final do século XIX. Posteriormente, os tribunais começaram a recorrer à figura do *estoppel*, decidindo que quem formule declaração inverídica com o objectivo de que o declaratório confie nela, não pode, caso o declaratório venha a agir com base nessa confiança alegar a respectiva falsidade, valendo este princípio mesmo para casos em que a promessa não corresponde qualquer *consideration*. Numa decisão de 1965 respeitante ao caso *Hoffman vs Red Owl Stores*⁵⁶, os réus foram condenados com fundamento em *promissory estoppel*, e no facto de os autores terem realizado vários actos de disposição de bens e despendido avultadas somas na fase preparatória do contrato, confiando nas promessas feitas pelos primeiros quanto à celebração do acordo final, que acabou por não se concluir. O tribunal fundamentou a sua decisão alegando que seria injusto se os autores ficassem desprovidos de tutela por causa da incapacidade dos réus de cumprirem a sua promessa. É neste ponto que se manifesta a grande divergência entre o Direito Inglês e o Norte-americano: contrastando com a decisão de *Combes v. Combes*, o *promissory estoppel* nos EUA surge como causa de pedir em acções de indemnização de danos sofridos em virtude da confiança depositada numa promessa, ainda que sem *consideration*.

⁵⁴ 76 Wn.2d 388 (1969)-

⁵⁵FARNSWORTH, ob.cit, p.234. A ratio que orientou a decisão no caso Markov acabou por servir de base de alargamento da aplicação da *misrepresentation*.

⁵⁶ *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.* Supreme Court of Wisconsin, 1965. 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267.

Existe ainda quem defenda, a partir dos desenvolvimentos da *misrepresentation* e do *promissory estoppel*, uma noção de dever de negociação de boa fé exigível às partes durante o processo negocial, e que de certa forma já está presente na sentença do caso *Hoffman v. Red Owl Stores*. Apesar de alguns desenvolvimentos nesse sentido, a doutrina e jurisprudência norte-americana tem enfeitado a adopção desses deveres enquanto regra geral no momento negocial⁵⁷.

Todavia, e apesar do atrás mencionado, é geralmente aceite que o entendimento da jurisprudência dominante continua a ser o de que os deveres de “*fair dealing*” que o *Restatement 2nd of Contracts* e o *Uniform Commercial Code* cometem às partes, não se estendem à fase negocial⁵⁸.

Finalmente, e diversamente do que sucede no Direito inglês, existem circunstâncias em que se julgou eficaz a estipulação convencional de um dever de negociar de boa fé, como sucedeu na decisão do caso *Itek Corporation v. Chicago Aerial Industries*⁵⁹ ou *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman*⁶⁰.

As razões invocadas são semelhantes às que se apontam no ordenamento inglês: proteger o comércio jurídico, e evitar que as partes tenham temor de iniciar negociações quando ainda sabem se pretendem efectivamente celebrar o negócio final. Ainda assim, apesar da ausência formal do dever de boa fé no momento negocial e da aceitação da *culpa in contrahendo*, a prática comercial dos EUA regista a influência destes institutos e concebeu algumas vias alternativas para reconhecer o dever de *fair dealing* e negociar de acordo com a boa fé.

⁵⁷ FARNSWORTH, ob.cit.,p. 239.

⁵⁸ KESSLER, FRIEDRICH e FINE, EDITH, ob. cit, p. 408 “(...) a boa fé não deverá ser carreada para o processo de formação dos contratos.” E ainda FARNSWORTH, ob.cit., p. 239: “(...) a formulação de um dever geral de boa fé(...) não se estende ao período negocial” (traduções livres).

⁵⁹ *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus., Inc., Delaware Supreme Court, 248 A.2d 625 (1968)*. Neste caso foi subscrito pelas partes um acordo na fase negocial que obrigava as partes a negociar com vista à celebração do contrato final. Esse mesmo acordo veio a ser considerado vinculativo, atendendo à interpretação da vontade das partes. A verdadeira novidade contida nesta decisão consiste “no facto de as partes terem deixado elementos por serem acordados posteriormente entre si, não preclui a validade do acordo celebrado na fase negocial” (tradução livre). No entanto, é mais fácil encontrar situações em que um *agreement to negotiate* é considerado como demasiado vago para gerar obrigações para as partes.

⁶⁰ *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corporation v. Grossman, 795 F.2d 291 (3d Cir. 1986)*. Também neste caso é celebrado um *agreement to negotiate*, neste caso entre o proprietário de um centro comercial e um potencial arrendatário de um espaço. Em face de alguns atrasos sofridos pelo segundo, o proprietário decide pôr termo às negociações. Na sentença foi considerado que o acordo, bem como os actos preparatórios subsequentes, davam corpo a um dever de negociar de boa fé.

III Direito Português

3.1 Enquadramento: a responsabilidade pré-contratual

Analisada brevemente, da perspectiva do direito comparado, a relevância jurídica das negociações preliminares, cumpre neste momento, mesmo antes de se analisar os tipos, a validade e eficácia dos acordos intermédios e sua importância para as negociações que antecedem o contrato de aquisição de empresa, enunciar, em linhas genéricas, as características da responsabilidade pré-contratual em face do direito português. Aquilo que se pretende apurar é se, à luz dos deveres de origem legal que vinculam as partes nesta fase, existe utilidade na celebração dos ditos acordos intermédios, ou se, ao invés, a tutela concedida pela responsabilidade pré-contratual prevista no direito português, temperada com a sua inevitável conciliação com a liberdade de contratar, pode ser suficiente para proteger aquele que de boa fé negocia a celebração de um negócio

Assim, neste ponto do estudo, o objectivo passa por expor qual a margem de liberdade que é concedida às partes nas negociações que antecedem a celebração de um contrato e quais os efeitos jurídicos da autolimitação de tal liberdade.

O Código Civil versa expressamente esta matéria no artigo 227º/1, que estabelece o dever de agir de boa fé, quer na conclusão quer na formação dos contratos, estendendo a esta fase a eticidade geral do direito das obrigações⁶¹ e elevando a *bona fides* a fonte de obrigações. Sendo para o caso irrelevante se a fase negocial é quase inexistente ou composta por vários actos preparatórios. Como sublinha Menezes Cordeiro, através da responsabilidade pré-contratual visa-se simultaneamente proteger a materialidade subjacente da relação jurídica constituenda⁶², bem como a confiança que as partes justificadamente⁶³ depositam na probidade, lealdade e seriedade de

⁶¹ ALMEIDA COSTA, Direito das..., p. 298

⁶² O exercício da liberdade contratual em termos que não orientados à busca livre de eventuais consensos negociais, mas sim à negociação meramente emulativa e dilatária constitui um exercício da autonomia privada contrário à boa fé, como estabelece MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral..., p. 707

⁶³ A avaliação da justificação da criação de confiança não poderá deixar de ser apreciada em termos casuísticos, devendo o aplicador socorrer-se de todos os elementos respeitantes ao processo negocial, como

propósitos, com que decorrem as negociações e na satisfação das legítimas expectativas quanto à validade, eficácia e efectiva celebração do negócio⁶⁴. A *culpa in contrahendo* opera quando uma parte, no exercício da sua liberdade, age em desconformidade com a boa fé e, conseqüentemente, determina a frustração da confiança legitimamente gerada na contraparte ou mina a utilidade do processo formativo do negócio⁶⁵. É no contexto de aferição da actuação das partes nos termos da boa fé objectiva que surge a necessidade de concretização dos deveres cometidos às partes da negociação, em cuja violação radica o acto ilícito que desencadeia a responsabilidade cominada no artigo 227º do CC⁶⁶.

A adstrição de alguém ao dever de indemnizar ao abrigo da responsabilidade pré-contratual não deixa de exigir a verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil: o facto ilícito, a culpa do lesante, e um nexo de causalidade entre esta actuação e um dano causado na esfera de outrem⁶⁷. As considerações mais relevantes para o presente estudo serão tecidas a respeito dos factos e da sua ilicitude, mas não se deixará de abordar os restantes pressupostos.

No que à culpa do lesante diz respeito, é entendimento assente a sua exigibilidade, que tanto pode consistir numa actuação dolosa, como meramente negligente⁶⁸. Quanto ao critério de aferição de culpa, este corre nos termos aplicáveis à responsabilidade civil em geral, sendo que como ensina Menezes Cordeiro, esta avaliação deve entrar em linha de conta com as características específicas de cada sujeito. Em termos de jurisprudência, é também pacificamente entendido a exigência de culpa em termos gerais⁶⁹.

Questão mais controversa ocorre a respeito da medida do dano a indemnizar, particularmente nos casos de ruptura de negociação. O Código Civil estabelece a medida indemnizatória para a sanção

declarações, instrumentos de transmissão de vontade ou duração das mesmas e só aí fazer um juízo de valor quanto à intensidade das mesmas e aferir da legitimidade da confiança criada, como estabelece COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “Responsabilidade Civil pela Ruptura de Negociações Preparatórias de um Contrato”, Coimbra Editora, Coimbra, p. 57.

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, Teoria ..., p 708, e ainda ALMEIDA COSTA, Responsabilidade..., p. 54

⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, Da boa fé..., p.584

⁶⁶ PRATA, ANA, “Notas sobre a Responsabilidade Pré-Contratual, Coimbra, Almedina, 2002, p. 38.

⁶⁷ VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit. p.300

⁶⁸ Nesse sentido vd. VICENTE, DÁRIO MOURA, *Ibidem*, p. 315; MENEZES CORDEIRO, Da boa fé..., p.584; Em sentido mais estrito, Cfr. PRATA, ANA, ob.cit., p.157

⁶⁹ Estabelecendo esta noção, vd. acórdãos STJ de 23 de Maio de 1975, BMJ 247, p.158 e ss, bem como STJ 11 de Março de 1982, BMJ 344, p. 441 e ss. Em ambos estes casos, a improcedência da pretensão indemnizatória dos autores acaba por ser fundada na falta de prova de culpa do lesante.

por violação dos deveres impostos nesta fase: a reparação dos danos causados à contraparte. Recuperando o que foi exposto a respeito do ordenamento dos EUA, o legislador português aparentemente resolve a querela que Farnsworth entendia como justificação para o fraco acolhimento da responsabilidade pré-contratual no sistema de *Common Law*⁷⁰. Mas a verdade é que, apesar do texto da lei, existe mais que uma interpretação da medida ressarcitória prevista no artigo 227º/1. Encabeçando uma primeira corrente, Almeida Costa ensina que a medida indemnizatória será dirigida à colocação do lesado na situação em que estaria se não tivesse acreditado, sem culpa, na boa fé do lesante, sendo assim ressarcíveis as diminuições patrimoniais na esfera do lesado, como as oportunidades perdidas ou o desvio da normal actuação ocasionados pela confiança frustrada na boa fé da contraparte. O limite será assim fixado pelo interesse contratual positivo^{71/72}, alegando-se, com recurso à equidade, que seria irrazoável colocar o lesado em situação mais vantajosa do que aquela em que ficaria se o contrato tivesse sido celebrado. Outra teoria preconiza a solução de que a medida indemnizatória, apesar de consistir em regra no interesse contratual negativo, pode corresponder ao interesse contratual positivo ou mesmo excedê-lo, designadamente nos casos em que sejam causados danos diferentes da perda de prestação contratual devida (v.g perda da realização de negócio mais favorável), pois que de outro modo não seriam reparados danos que só ocorreram por actuação do lesante⁷³. Finalmente, existe uma terceira linha, defendida por Menezes Cordeiro e Ana Prata, que alega a inexistência de uma justificação para a limitação do dever de indemnizar até ao interesse contratual positivo, dada a ausência de limitação contida no artigo 227º/1, devendo por isso aplicar-se o princípio de restituição que encerra o artigo 562º do mesmo Código. Nesse sentido, aquele que age em desconformidade com a boa fé na fase preparatória do contrato deve responder pelos danos que causar, nos termos gerais, aplicada a casualidade adequada e descontando as vantagens que o lesado tenha auferido por ocasião da não celebração do contrato final, bem como os riscos inerentes às vicissitudes da vida do contrato^{74/75}.

⁷⁰ FARNSWORTH, ob.cit. p.223

⁷¹ Nesse sentido também entende a maioria da jurisprudência. Vd Acórdãos do STJ de 31 de Março de 2011, de 18 de Dezembro de 2012, ou de 11 de Setembro de 2004.

⁷² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, “Direito das ...”, p. 310

⁷³ VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit. p.323, neste caso explanando a tese defendida por Vaz Serra.

⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, Da boa fé..., p.585

⁷⁵ Aplicando esta teoria, Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Setembro de 2003.

Atente-se, de seguida, aos deveres extraíveis da boa fé com maior relevo para os preliminares do contrato de aquisição de empresa.

3.2 O dever de informar

Nos processos negociais em geral, a informação é um bem valioso. A obtenção de informação é uma das principais justificações para a morosidade da negociação de aquisição de uma empresa, sendo geralmente necessário coligir informações de cariz financeiro, societário, administrativo ou fiscal. A recolha de informação correcta, como em qualquer negócio, mas aqui com um carácter reforçado pela dimensão das operações, assume uma importância vital na formação da vontade de contratar do potencial adquirente. Havendo nos casos de aquisição uma tão marcada assimetria de dados, particularmente nos primórdios do processo negocial, a boa fé não poderia deixar de intervir na correcção do potencial desequilíbrio⁷⁶. Assim, a conclusão do contrato com base em informações falsa ou deficientemente prestadas, ou na omissão de informações que se sabem ser do interesse da contraparte, surge como um dos casos típicos de aplicação do instituto da *culpa in contrahendo*⁷⁷. Para um entendimento rigoroso das situações de omissão, cumpre precisar qual o grau de esclarecimento que é exigível à parte que detém a informação: se existe um dever geral de esclarecer quanto a todos os aspectos relevantes para a decisão de contratar; se existe um dever de informar apenas quando estabelecido na lei, contrato, ou costume do tráfico jurídico⁷⁸; ou o dever de informar recai apenas sobre os elementos relevantes para a formação da vontade da outra parte e a que esta não poderá ter acesso por si só, ou, independentemente deste último requisitos, se tal surge sempre que se verifique um desnível no acesso à informação tal, que faça nascer uma especial necessidade de protecção por via de transmissão de informação⁷⁹?

No seguimento do que preconiza Menezes Cordeiro⁸⁰, a *culpa in contrahendo* é consagrada com latitude suficiente para permitir a consideração das características das partes envolvidas. Assim

⁷⁶ JOSÉ MANUEL SÉRVULO *et al.*, ob.cit. p. 26

⁷⁷ MENZES CORDEIRO, Da boa fé..., p. 550

⁷⁸ Acórdão do STJ de 06-12-1979, BMJ 282, 156-158. Os promitentes-vendedores de um apartamento deveriam ter dado a conhecer a impossibilidade de garantir o despejo dos inquilinos

⁷⁹ VICENTE, DARIO MOURA, ob.cit., p. 307

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, Da boa fé..., p.584

sendo, o entendimento correcto será o de que, para além das situações em que haja lei, contrato⁸¹, ou costume de tráfico negocial que o imponha, o dever de informar existirá nos casos em que a informação detida se reporta a quaisquer elementos fundamentais para a formação da vontade (quanto ao objecto, prestação ou contrato), quando seja inexigível ao adquirente a obtenção da informação por meios próprios, ou quando haja o tal desnível de facto que crie uma necessidade especial de transmissão de informação^{82/83}. Fica assim fora do âmbito da informação a ser prestada, toda aquela que possa ser conhecida nos procedimentos de *due diligence* sobre as sociedades alvo, bem como aquela que não se entenda como essencial para a formação da vontade do potencial adquirente⁸⁴. A obtenção da informação que não entre nesta qualificação constitui um ónus do potencial adquirente, correndo por sua conta o risco de proceder à aquisição sem a obter⁸⁵.

3.3 O dever de lealdade: sigilo e “actuação consequente”

Outra área relevante abrangida pela responsabilidade pré-contratual consiste no dever de lealdade. Como refere Menezes Cordeiro, o objecto deste dever não se reporta à informação prestada pelas partes, mas sim ao comportamento de cada uma delas⁸⁶, adstringindo-as a adoptarem comportamentos correctos e honestos. O acento tónico vai naturalmente para as sub-situações de divulgação de informação obtida exclusivamente na ocasião dos preliminares quando tal contrarie

⁸¹ É aliás uma das usuais finalidades dos acordos preliminares estabelecer o dever de disponibilização de informação, especialmente considerando que em *share deals*, as sociedades são objecto do contrato, e não parte, não estando sujeitas aos deveres de prestação de informação - JOSÉ MANUEL SÉRVULO, ob.cit. p. 27 e ss

⁸² Nesse sentido, VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p. 307 e ainda, SILVA, MANUEL DUARTE GOMES DA e CABRAL, RITA AMARAL, “Responsabilidade Pré-Contratual”, Separata da Revista “O Direito”, Ano 127.º, 1995, reforçando estes últimos autores o papel decisivo que a boa fé tem na imposição de um dever de informação tendente à reparação de desequilíbrio quanto ao acesso à informação relevante para a conformation da vontade.

⁸³ Vd. Acórdão STJ de 11 de Junho de 2012, no qual se cita Carlos Ferrer de Almeida “o dever pré contratual de informar é certamente violado, por acção ou por omissão, quando uma das partes induz a outra em erro (...). Já quanto à medida do dever de prestação de informação à contraparte, no mesmo Acórdão: “Só nascerá um dever de informação pré-contratual se as circunstâncias em causa forem de importância essencial para a parte não informada (essencialidade da informação) e, apenas, se esta as desconhece quando a contraparte ou as conhece ou deveria conhecê-las (assimetria informacional)”.

⁸⁴ JOSÉ MANUEL SÉRVULO, ob.cit., p. 27

⁸⁵ O dever de informação apenas nasce com o cumprimento do ónus de auto-informação por parte do credor da informação. Só a partir desse momento é que a ignorância da parte é digna de tutela, como nota SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, “Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação”, Almedina, Coimbra, 2006, p.123

⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, Da boa fé..., p.551,

a expectativa da outra parte, e de ruptura negocial unilateral injustificada - respectivamente violação de deveres de sigilo e de “actuação consequente”.

O dever de sigilo surge como um reverso da medalha do dever de prestação de informação. Sendo o “segredo” um tema de crucial importância na vida empresarial, a protecção da informação colhida na fase preparatória de um contrato de aquisição (nas negociações ou durante a *due diligence*) é geralmente objeto de uma tutela reforçada, concedida pela *culpa in contrahendo*, sendo usuais neste domínio os *confidentiality agreements*, que serão abordados *infra*. Nas aquisições de empresa, o dever de sigilo não pode deixar de ser cotejado com a normal actividade societária, mormente com a prossecução do interesse social. Nesse sentido, as restrições impostas à transmissão de informação terão de ser adequadas às circunstâncias de cada operação, e deverão ter em conta o momento negocial, o risco de abuso, a seriedade de intenções manifestadas, ou a relação entre as partes⁸⁷. Existirá, assim, dever de sigilo relativamente à informação obtida no quadro dos contratos negociatórios e por causa destes. Ou seja, abrangem-se as informações conexas com o os elementos negociais, mas também aquela que não se reconduzindo àqueles, apenas se tornou acessível por causa desses contactos preliminares⁸⁸.

No que toca à *culpa in contrahendo* por ruptura unilateral e injustificada de negociações, é o campo onde é mais melindroso traçar a linha que separa o normal exercício da liberdade contratual que cabe às partes, das actuações contrárias à boa fé, passo essencial para determinar a ilicitude desta actuação. Em termos gerais, a terminação unilateral de negociações deverá ser considerada lícita, por corresponder ao normal exercício de um direito de não contratar⁸⁹, sendo característica indissociável do período negocial. Mas por outro lado, não se pode entender que a liberdade concedida ao abrigo do artigo 405º legitime um comportamento que desconsidere os avanços da situação negocial e a confiança e expectativa criadas na outra parte, causando-lhe danos precisamente por, sem culpa, ter confiado na sua actuação⁹⁰. Torna-se necessário, em face destas

⁸⁷ Remete-se para a classificação tripartida das exigências de sigilo quanto à transmissão de informação sigilosa que se poderão impor em função das implicações no interesse social das sociedades realizada por Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos em JOSÉ MANUEL SÉRVULO, ob.cit., p. 32

⁸⁸ ANA PRATA, ob.cit., p. 63

⁸⁹ As partes devem dispor de um amplo espaço de liberdade para formulações aproximativas e ajustamento progressivo de pontos de vista divergentes, sendo indispensável a possibilidade, em princípio, de desistência do projecto contratual concebido, como assinala ANA PRATA, ob.cit., p. 66. E ainda DÁRIO MOURA VICENTE, ob.cit., p. 309

⁹⁰ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 3 de Março de 2010

exigências de sinal oposto, encontrar um equilíbrio que separe os danos a serem suportados pelo lesado por corresponderem ao normal risco negocial, e os danos imputáveis ao sujeito que age de forma contrário à boa fé.

Assim, para que exista responsabilidade pré-contratual fundamentada no rompimento de negociações, têm de concorrer simultaneamente dois requisitos: em primeiro lugar, têm de existir negociações idóneas à criação de uma razoável base de confiança justificada, assente em actos preparatórios revestidos de uma evidente e perceptível intenção de celebrar o contrato final e que, por conseguinte, dêem azo à progressiva criação de expectativas na parte que deposita a confiança⁹¹; em segundo lugar, a ruptura tem de ser ilegítima. A aferição da ilegitimidade não pode ser realizada em termos gerais ou por recurso a critérios taxativos, mas sim através da integração em concreto dos postulados de boa fé, passando pela avaliação objectiva do motivo invocado para ruptura de uma perspectiva ético-jurídica, em face das circunstâncias concretas do caso⁹². Só nestes termos será possível determinar se a balança deve pender no sentido da tutela da confiança ou da legitimidade da ruptura. Logicamente, quantos mais actos forem realizados no sentido de celebração do contrato, mais justificada será a expectativa existente e, por conseguinte, menor será a margem concedida às partes de romperem as negociações em termos conformes à boa fé⁹³. Nestes termos, reforça-se que o facto gerador da responsabilidade não se trata da ruptura per se, mas sim a confiança violada em inobservância dos deveres impostos pela boa fé⁹⁴.

Almeida Costa não deixa de tecer considerações sobre situações que tipicamente reprovam no teste de ponderação a que alude, constituindo casos mais típicos. Expõem-se aqueles que parecem mais pertinentes em matéria de aquisição de empresa. Em primeiro lugar, o rompimento será ilegítimo nos casos em que se prove que as negociações tenham sido encetadas sem intenção séria de as concluir, uma vez que não lhe é exigível que suporte o risco de suportar negociações

⁹¹ ALMEIDA COSTA, Responsabilidade..., p. 54 e ss.

⁹² “O problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre se o motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per se relevante sobre a parte contrária”. ALMEIDA COSTA, Responsabilidade ..., p. 62

⁹³ DIAMVUTU, LINO, “A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-Contratuais”, ROA, Ano 71, vol. II, p. 538

⁹⁴ Nesse sentido, acórdão STJ de 31 de Março de 2011

dolosamente encetadas sem um propósito sério⁹⁵. Em segundo lugar, da boa fé não resulta o dever de dar conhecimento à parte contrária da existência de negociações paralelas com um terceiro, correspondendo estas ao normal risco negocial. Mas este dever já existe perante o conhecimento de qualquer circunstância que aumente o risco de não conclusão do negócio, sobretudo quando estas negociações envolvam despesas ou privação de ganhos⁹⁶. Neste caso, a responsabilidade pré-contratual tanto se pode consubstanciar numa actuação omissiva (não transmissão da informação) como num comportamento positivo (incitamento à prática de actos). Em terceiro lugar, deve entender-se que não impende sobre as partes um dever de esclarecimento sobre a perda do interesse em contratar, sendo apenas contrário ao princípio da boa fé a alegação de falsos motivos⁹⁷. Poderá ainda constituir ilícito pré-contratual relevante neste quadro, a súbita e objectivamente infundamentada alteração substantiva do projecto contratual que já teria sido acordado. Nestes casos, operará a responsabilidade pré-contratual quando, considerando a gravosidade das alterações, se leve a contraparte a desistir do processo negocial. Em último lugar, será também ilícita a não celebração do negócio perante um dever legal de celebração do contrato⁹⁸.

Por fim, e na senda que do é ressalvado no âmbito dos restantes deveres, também o juízo de ilegitimidade da ruptura leva em conta a profissionalização dos intervenientes, sendo quanto a estes mais rigoroso e exigente, resultando mais vezes num juízo de ilegitimidade da conduta.

IV

Os Acordos Intermédios no Direito Português

4.1 Acordos intermédios e definição do respectivo conteúdo

Analisado, em traços gerais, o instituto da responsabilidade pré-contratual, cabe agora examinar os acordos intermédios: o que estes podem oferecer, bem como as obrigações que destes podem ou

⁹⁵ Configurando uma situação de entendimento pacífico pela doutrina como ANA PRATA, ob.cit., p.68 ou CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, ob.cit., p. 188

⁹⁶ Nesse sentido vd. ANA PRATA, ob.cit., p. 70 ou ALMEIDA COSTA, Responsabilidade..., p. 64

⁹⁷ ALMEIDA COSTA, Responsabilidade..., p. 66 e ANA PRATA, ob.cit., p.69

⁹⁸ Vd. Acórdão do STJ de 16 de Dezembro de 2010, em que se defende a existência de um dever legal de conclusão do contrato “quando, pelo encontro da proposta e da aceitação, com a chegada a bom termo da fase decisória da negociação”.

não brotar. Pode delimitar-se, de forma lata, um acordo intermédio como todo aquele que as partes celebram no decurso do processo negocial e que por si só não lhe põe termo. Não sendo consagrado enquanto tal no Código Civil, a sua construção doutrinária ficou-se a dever em grande medida à transposição da prática comercial internacional. Como já foi referido, existem várias nomenclaturas que designam estes acordos, mas independentemente do nome empregue pelas partes, os acordos intermédios apresentam teor muito diversificado, com cláusulas que não correspondem necessariamente às designações típicas.

Por isso, saber se determinado acordo preliminar consubstancia ou não um acordo final envolve uma questão prévia de interpretação que passará pela existência, ou não, de uma intenção de contratar, mais do que pela análise individual de cada cláusula. Cumpre assim numa primeira fase apurar qual foi a vontade das partes no momento da celebração deste acordo: vincularem-se por via de contrato definitivo, ou não⁹⁹. Atendendo a essa finalidade, defende Santos Júnior, o método de interpretação objectivista postulado no artigo 236º Código Civil¹⁰⁰, e vocacionado para a interpretação de negócios jurídicos não será o mais adequado, devendo antes adoptar-se um critério essencialmente subjectivista.

Só em seguida deverá ter lugar a tarefa de qualificação do acordo, como já se referiu, é independente da nomenclatura escolhida pelas partes. Pode estar-se perante um acordo denominado “*Agreement to negotiate*”, que apenas depois da interpretação da vontade das partes se poderá proceder a uma qualificação material, dada a inexistência de um conteúdo típico associado às designações consagradas pela prática.

Como destaca Santos Júnior, neste ponto é fundamental a experiência comercial e jurisprudencial dos ordenamentos de *Common Law*, o que não surpreende. Sendo o sistema onde se verifica uma menor tutela concedida às partes no momento de negociação não é de estranhar que os operadores

⁹⁹ SANTOS JÚNIOR, *Acordos Intermédios...*, p. 590

¹⁰⁰ Apesar de não ser um entendimento consensual, uma vez que a expressão constante do artigo 236º CC dá a entender, numa primeira vista, a preferência pela interpretação objectivista, apesar do entendimento de que não se tratará da interpretação mais correcta do preceito. Nesse sentido, vd. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, “Teoria Geral do Direito Civil II - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica”, 5ª ed., Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2010, p. 446 e ss.

económicos hajam desenvolvido novas figuras contratuais disciplinadoras da relação negocial com vista à mitigação de riscos incorridos e à protecção dos seus interesses e confiança¹⁰¹.

Parece-nos que, ao contrário do que é afirmado genericamente por Almeida Costa, nem todos os acordos intermédios remetem automaticamente para fora da esfera da responsabilidade pré-contratual. Como se verá em seguida, a par de acordos cujo valor jurídico apenas é susceptível de ser apreciado no contexto da responsabilidade resultante do contrato, existem outros cujas repercussões apenas fazem sentido no âmbito da responsabilidade pré-contratual^{102/103}.

No Direito Português, apesar de existirem divergências doutrinárias a respeito de várias particularidades da responsabilidade pré-contratual como sejam a extensão dos deveres que impõe, a sua natureza, ou fundamento, a existência da tutela conferida por este instituto não é colocada em causa¹⁰⁴, nem a nível da doutrina mais relevante nem de jurisprudência. Importa, assim, conhecer quais os acordos mais típicos, e quais as soluções jurídicas que cada um pode representar no contexto pré-contratual, relativo às transacções em que estejam em causa aquisições de empresa.

4.2 Acordos típicos

4.2.1 Cartas de Intenção/ *letters of intent e os agreement to negotiate*

As “cartas de intenção” em sentido próprio¹⁰⁵ consistem em declarações constantes de documentos trocados pelas partes nos primórdios de processos negociais complexos, que se antecipam que

¹⁰¹ Isto apesar da conclusão a que se chegou anteriormente de que a tutela pré-contratual, particularmente a dos EUA, não está assim tão carente de deveres legais que protejam as partes através de uma responsabilidade pré-contratual, como à primeira vista pode aparentar, um entendimento já partilhado defendido por FARNSWORTH ou FINE/KESSLER

¹⁰² ALMEIDA COSTA, Responsabilidade..., p.47

¹⁰³ Nesse sentido, também vd. MENEZES LEITÃO, LUIS MANUEL TELES, Direito das Obrigações, Vol. I, 7ª ed., 2008, p. 217

¹⁰⁴ Conclusão a que chegou Menezes Cordeiro, analisando acórdãos em que a rejeição da aplicação da responsabilidade pré-contratual se deve a “particularidades dos casos envolvidos (...) não se vislumbra neles qualquer posição de princípio contrária ao alargamento da figura” MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral ..., p. 720;

¹⁰⁵ Por contraposição a outros instrumentos nos quais as partes documentam o acordo quanto aos elementos essenciais do contrato que à luz do artigo 232º do Código Civil poderia ou não constituir um contrato definitivo consoante o acordo se estendesse a todas os pontos que qualquer uma das partes entenda ser

sejam de negociação progressiva ou duradoura. O seu propósito será o de cristalização do estado de negociações a um dado momento¹⁰⁶, variando o seu conteúdo em função do estado de desenvolvimento daquelas. No sentido de precisar a variação da sua relevância, Menezes Leitão identifica três diferentes momentos em que costumam surgir acordos epigrafados de cartas de intenção, e qual a utilidade que se extrai de cada um: num primeiro momento, as cartas podem limitar-se a constatar o entabulamento de negociações, sendo a sua finalidade a de dar conta de "tempo e despesas" implicadas nos actos preparatórios, não se vislumbrando qualquer impacto daquelas cartas num juízo de ilegitimidade da ruptura de negociações.

Num momento mais avançado, estes acordos podem servir o propósito de, simultaneamente, registar o consenso relativo a determinados pontos e explicitar a falta o acordo sobre determinados elementos que se repute como essenciais. Caberá no caso dessa sub-hipótese atentar se, concomitantemente, as partes assumem a obrigação de emitir declaração de vontade correspondente à celebração do negócio final, o que reconduz o acordo a um contrato-promessa, ou se, ao invés, assumem o dever de continuar a negociar no sentido de atingir um acordo final. Neste último, consubstanciarão um *agreement to negotiate*, limitando-se a reportar o avanço nos contactos preliminares. Através de um *agreement to negotiate*, as partes assumem um dever de continuar as negociações de boa fé, empregando os seus *melhores esforços* no sentido de atingir um acordo final. Essa obrigação constituirá um "plus" ao dever de negociar de boa fé legalmente exigido¹⁰⁷, intensificando-o, e dando corpo à legítima expectativa criada na contraparte. Por força deste acordo a liberdade de não contratar encontra-se reduzida, gerando um ónus de encontrar justificações concretas para terminar o processo negocial que não sejam contrárias à boa fé.

Ainda neste tipo de situações, podem as cartas de intenção dar a conhecer o acordo quanto aos elementos essenciais do contrato, mas condicionando a sua celebração à verificação eventual de factos futuros de produção incerta ou à celebração de contrato futuro (por aposição de condição ou declaração de *subject to contract*). Para este acordo valem as mesmas considerações quanto ao reforço da legitimidade da expectativa criada na contraparte, mas acrescenta-se a questão de saber se este acordo não vincula por si as partes à emissão de declaração de vontade correspondente ao

necessário acordo, MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, "Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais", ROA, 60, 2000, p. 51

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.52

¹⁰⁷ SANTOS JÚNIOR, Acordos Intermédios..., p.599

negócio que lhe subjaz, nos termos em que o faria, respectivamente, um contrato-promessa sujeito a condição¹⁰⁸ ou um contrato definitivo, apesar de ser epigrafado de contrato promessa.

Como foi atrás referido, a chave para a determinação do valor jurídico dos acordos intermédios passará em primeiro lugar pela tarefa de interpretação da vontade das partes ao celebrá-lo: conservar a sua liberdade de celebração do contrato final, ou não, e em que medida. Assim, se as partes ressalvam que a carta de intenção ainda não as vincula, deverá ser essa vontade a prevalecer¹⁰⁹. A relevância jurídica das “cartas de intenção” em sentido estrito resumir-se-á, por um lado, a firmar a prevalência da liberdade de negociação, e por outro ao propósito de concretização da adstrição intensificada à boa fé na formação do contrato¹¹⁰. Nos casos em que o conteúdo, essencial e acessório, do contrato já esteja definido, e não haja aposição de condição ou de declaração de *subject to contract*, é que poderemos argumentar no sentido de o entender enquanto um contrato final¹¹¹.

Para terminar, há que mencionar a hipótese de serem os próprios sujeitos na celebração de *agreement to negotiate*, acordarem que a ruptura de negociações não acarretará responsabilidade pré-contratual, pretendendo as partes conservar a sua liberdade contratual no resto da fase preliminar. Como refere Santos Júnior, não há porquê excluir a validade de tais acordos desde que não impliquem o afastamento dos deveres legalmente impostos e incidam apenas sobre a legitimidade das expectativas criadas¹¹².

¹⁰⁸ MENEZES LEITÃO, *Negociações...*, p. 59

¹⁰⁹ Nesse sentido, SANTOS JÚNIOR, *Acordos Intermédios...*, p.596, e MENEZES LEITÃO, *ob.cit.*, p. 59

¹¹⁰ Ao reportar a um estado mais avançado de negociações, as cartas de intenção podem servir um propósito genérico de reforçar a expectativa criada nas partes, ou até mesmo servir de expediente de determinação de comportamentos que serão entendidos como proibidos ou abusivos, justificando nestes casos a ilegitimidade da ruptura negocial, *Ibidem.* p.62

¹¹¹ Nestes casos, a denominação empregue pelas partes seria o único elemento que poderia levar o intérprete a entender que as partes não se pretendem vincular.

¹¹² Situações há em que poderá ser do interesse das partes querer assumir o risco de ruptura da negociação causado pela contraparte, particularmente na sua fase inicial- SANTOS JÚNIOR, E., *Responsabilidade pelas...*, p.600

4.2.2 Acordo instrumental de transição

Como explica Farnsworth, estes acordos, ainda que se situem no período negocial, não visam regular o eventual dever de negociar nem encerram disposições a constar do contrato final. O seu objectivo é antes o de servir de instrumento temporário de regulação de situações acessórias à actividade negocial¹¹³, preenchendo o vazio (“*gap*”) enquanto procede a negociação do contrato final. São acordos considerados intermédios porque são celebrados no período de negociações, mas ao contrário dos demais, assumem um carácter definitivo, uma vez que os seus termos não mais carecem de discussão.

O respectivo enquadramento jurídico pode estar dependente da celebração do acordo final, consoante a situação concreta que venha a regular. Podem respeitar a repartição de custos incorridos com o processo negocial, como investimento em estudos ou viagens, e nesse caso terem alguma independência do acordo final. Ou podem antes regular situações e actuações¹¹⁴ acessórias referentes à actividade das partes e, em caso de sucessos das negociações, acabem por ser absorvidos pelo contrato final, ficando remetida a sua utilidade para efeitos de interpretação¹¹⁵. Podem ainda conter disposições cuja eficácia é independente da celebração do contrato final¹¹⁶.

4.2.3 Confidentiality agreement

Estreitamente ligado ao dever de sigilo, este é um acordo tipicamente celebrado nos primórdios do processo negocial e versa, comumente, o tratamento da informação recolhida por ocasião do processo negocial.

A respeito destes acordos, existem dois aspectos que convém destacar: em primeiro lugar, através deles as partes alargam o âmbito das informações que já seriam consideradas como sigilosas em resultado da tutela de boa fé contida no artigo 227º CC, e conseqüentemente, ampliam o domínio da ilicitude que resultará da respectiva divulgação. Em segundo lugar, e como decorrência do primeiro, através da celebração deste acordo e da assunção destas obrigações, transferem as partes

¹¹³ FARNSWORTH, ob.cit, p. 252

¹¹⁴ Como por exemplo, impor determinadas limitações quantos a actos de disposição referentes a património de uma sociedade em processo de ser adquirida.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 253. E ainda SANTOS JÚNIOR, Responsabilidade ..., p. 604

¹¹⁶ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, ob.cit., p. 752

o regime aplicável para o domínio contratual, sendo comum a consagração neles de uma cláusula penal para fixação do montante indenizável¹¹⁷, resolvendo a questão de determinação dos danos resultantes da violação de dever de sigilo segundo as regras gerais.

No contexto de aquisição de empresa, estes acordos têm uma aplicação generalizada. A sociedade alvo –cuja informação corre maior risco de exposição, tem interesse em limitar a disseminação da informação que considere essencial. A sociedade adquirente também pretenderá que, desde logo, fique assente qual a informação que pode, ou não, partilhar, designadamente com terceiros envolvidos na operação de aquisição (v.g instituições financeiras) ou mesmo com os seus accionistas. E terá também interesse em que as condições da transacção sejam classificadas como confidenciais, por forma a afastar potenciais concorrentes¹¹⁸.

4.2.4 Acordos de negociação exclusiva: *lock in e lock out agreements*

Este tipo de acordos dizem respeito à identidade das partes envolvidas no processo negocial. Se no “*lock in*” as partes acordam prosseguir as negociações, de boa fé, com uma contraparte particular, no “*lock-out*” acorda-se que não se encetarão negociações com terceiros até ao termo do processo. Santos Júnior coloca a questão da pertinência da autonomização deste tipo de acordos, uma vez que se pode considerar que um “*agreement to negotiate*”, ao impor o dever de negociar de boa fé, estará já a limitar a entrada de novos potenciais contraentes. Recuperando o defendido quer por Almeida Costa¹¹⁹, quer por Farnsworth¹²⁰ sobre a questão, deve entender-se que a autonomia deste acordo se justifica.

Tendo em consideração que não existe violação da boa fé em manter negociações com mais que um potencial contraente, a novidade que estes acordos podem trazer consiste em fazer surgir uma

¹¹⁷ JOSÉ MANUEL SÉRVULO, ob.cit, p. 20

¹¹⁸ Vd. artigo “Confidentiality agreements in the context of M&A transactions” da sociedade Ballard Spahr LLP, disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=167f31e0-e9e7-4f2c-a251-60fce9abc9e1>

¹¹⁹ Cfr. ALMEIDA COSTA, Responsabilidade..., p.63, em que afirma que atentos os princípios de lealdade e probidade, nada impede que se negocie com mais que uma parte, nem existe um dever de informar sobre negociações com terceiros.

¹²⁰ Cfr. FARNSWORTH, ob.cit. p. 279: “(...) será que a boa fé exige que se negocie com uma parte, excluindo as outras?(...) negociações paralelas são de tal forma comuns e importantes para a concorrência, que se torna difícil admitir essa exigência na ausência de um acordo nesse sentido” (tradução livre).

obrigação de prestação de facto negativo com carácter temporário, a cujo incumprimento se costuma associar uma cláusula penal que permite ultrapassar a difícil tarefa de fixação do dano imputável ao seu incumprimento¹²¹.

Para compreender a utilidade destes acordos, é pertinente ter presente que não é indiferente na elaboração de uma estratégia negocial saber se se tem concorrência ou não, como recorda Menezes Leitão¹²², argumentando mesmo que o interesse que uma parte pode ter em apenas negociar exclusivamente é merecedor de tutela. Não deixa, contudo, de ser difícil de coadunar essa tutela no âmbito do direito com o acima referido entendimento de que não impende sobre as partes um dever de dar a conhecer o entabulamento de negociações com terceiros. É precisamente desse ponto que se retira a utilidade destes acordos: tutelar esse interesse ao abrigo da autonomia privada.

4.2.5 *Agreement with open terms* ou o acordo parcial

Em termos gerais, este tipo de acordo define-se por consubstanciar uma parte considerável das cláusulas que vão integrar o contrato final, ficando as partes vinculadas no que a essas cláusulas diz respeito, e obrigando-as a negociar o remanescente do clausulado que integrará o contrato final¹²³. É nesse sentido que Filipe de Albuquerque Matos alude à dupla função destes acordos: firmar a imodificabilidade do seu conteúdo, e continuação das negociações de boa fé¹²⁴.

A vinculatividade destes acordos é debatível, e a resposta resultará do que em sede de interpretação se entenda que é a vontade das partes no momento da celebração. Se se entender que as partes não se pretenderam vincular com o acordo, a sua utilidade será semelhante à de um “*memorandum of understanding*”, servindo os propósitos de enquadramento das negociações, através da fixação do seu estado de desenvolvimento, e de gerar o dever de continuar as mesmas em ordem a atingir o acordo final, sendo que nestes casos se remete para o reforço da expectativa

¹²¹ *Ibidem*, p. 67

¹²² MENEZES LEITÃO, *Negociações...* p.66

¹²³ FARNSWORTH, *ob.cit.* p. 253. O autor remete a particular utilidade destes acordos para as situações em que ainda existam obstáculos à celebração do negócio, nomeadamente o acordo relativamente a elementos que se entendam essenciais, mas haja vontade de salvaguardar os entendimentos atingidos até então.

¹²⁴ MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE DE, “A Fase Preliminar do Contrato”, *Direito das Obrigações*, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 352

a que se fez referência anteriormente ¹²⁵. Se por outro lado, se entender que a verdadeira intenção das partes foi a de se vincularem aos elementos sobre os quais já acordaram, a questão da respectiva eficácia já é mais complexa. Santos Júnior defende que a vinculatividade destes acordos quantos aos pontos sobre os quais já haja acordo se limita a determinar a impossibilidade de reabertura unilateral da discussão desses mesmos elementos ¹²⁶.

Importa ainda ressaltar que apesar de ser atingido o consenso quanto a elementos essenciais do negócio, o artigo 232º CC, ao exigir acordo relativamente aos pontos acerca dos quais seja necessário acordo no entendimento de qualquer das partes, exclui que este tipo de acordo consubstancie um contrato final, tornando inelutável a prossecução de negociações. E ainda que o acordo incida sobre todos os elementos teoricamente considerados essenciais, não é pacífico o entendimento de que, num contrato complexo e técnico, a definição dos elementos acessórios possa caber a outra fonte que não a vontade das partes. Em face do exposto, admitir que o “*agreement with open terms*” desempenha o papel de reforço da boa fé no momento negocial e instrumentalizar os consensos obtidos, afigura-se como pacífico. Entender que a partir desse acordo é extraível um contrato capaz de ser final, já não.

4.2.6 Contrato-Promessa

O último contrato intermédio de que se vai tratar no presente estudo é o contrato promessa. Cumpre fazer uma distinção já aludida anteriormente: o contrato promessa, apesar de temporalmente se enquadrar no processo negocial e, como tal se qualificar como acordo intermédio *lato sensu*, é, diferentemente dos outros que foram mencionados, um acordo preliminar, uma vez não pressupõe a continuação das negociações, antes estipulando os consensos necessários relativos ao contrato que antecede e de que é preliminar.¹²⁷ Por força do tratamento expresso de que é objecto no Código Civil¹²⁸, o recurso ao Contrato-Promessa com a finalidade assegurar a celebração do contrato final dota as partes uma tutela inquestionável¹²⁹.

¹²⁵ SANTOS JÚNIOR, “Responsabilidade...”, p. 601. São as finalidades e consequências do acordo não vinculativo que o autor elenca

¹²⁶ *Ibidem*, p. 602

¹²⁷ SANTOS JÚNIOR, Direito das..., p.198

¹²⁸ Artigos 410.º a 413.º, 441.º, 442.º, e 830.º CC

¹²⁹ A distinção de tutela é assinalada por COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Actual”, p. 23, “O contrato-promessa distingue-se com nitidez dos meros actos de

No caso da aquisição de empresa, o contrato-promessa constitui as partes na obrigação de, dentro de um determinado prazo (a termo) ou mediante a verificação de determinados factos de produção incerta (sujeita a condição), emitir as declarações correspondentes ao contrato prometido necessário para operar o efeito translativo da titularidade da empresa, que podem ser contratos de compra e venda de acções, de compra e venda de bens, ou cessões de créditos ou outros¹³⁰. Em termos de regime, coloca as partes em situação diferente daquela que é criada pelos acordos preliminares, surgindo num momento mais avançado, em que o clausulado já se encontra definido, e não havendo expectativas de que a vontade formada venha a sofrer alterações¹³¹. É celebrado quando as partes pretendem desde logo acautelar celebração futura¹³² do contrato, mas não o fazem por existirem circunstâncias ou factos estranhos à sua vontade que tornam protelar conveniente ou mesmo necessário¹³³. Como nota Almeida Costa, o recurso ao contrato-promessa, em face do regime consagrado, raramente ocorre como forma de acautelar a incerteza quanto à vontade de celebrar: em primeiro lugar, porque a prática comercial já interiorizou a utilização dos acordos preliminares, mais adequados a esta finalidade. Em segundo lugar, pela protecção que a lei confere à celebração do contrato final¹³⁴.

As diferenças entre as duas categorias de contrato começam pelas exigências formais aplicáveis a cada uma destas figuras. Na verdade, enquanto para os acordos intermédios não existem requisitos de forma¹³⁵, já o contrato-promessa é regido pelo princípio da equiparação, consagrado no artigo 410º do Código Civil. A maior a solenidade de forma justifica-se atendendo às vinculações que deste decorrem e que impõem maior exigência do ponto de vista da segurança jurídica e da ponderação das partes. Atendendo aos contratos adequados a operar o efeito translativo pretendido, e aos interesses das partes em prova documental não se afigura que possa ser exigido

negociação que frequentemente integram o processo formativo dos negócios jurídicos e que, às vezes, fundamentam a responsabilidade pré-contratual. É que esses trâmites do “*iter negotii*”, embora dotados de relevância jurídica, apresentam-se destituídos de eficácia contratual específica, ao contrário do que se verifica com o contrato-promessa...”

¹³⁰ JOSÉ MANUEL SÉRVULO, ob.cit. p. 20

¹³¹ Vd. FARNSWORTH, ob.cit. p.254 quando refere que é o melhor instrumento quando as indefinições quanto ao contrato definitivo dizem respeito a actos de terceiros, e não são passíveis de ser resolvidos entre as partes. Nesse sentido também apontam a lista de exemplos de situações que j

¹³² SANTOS JÚNIOR, *Direito das...*, p. 200

¹³³ DELGADO, ABEL, “Do Contrato-Promessa, 3ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1985, p. 13

¹³⁴ ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO DE, “Contrato-Promessa...”, p.23

¹³⁵ Vigorando a liberdade de forma consagrada no artigo 219º.

mais que mera redução a escrito e subscrição pelos promitentes, nos termos do artigo 410/2 CC quando for concluído um contrato-promessa de negócio de transmissão de empresa.

A diferença essencial, pela derradeira limitação da liberdade de contratar que representa e à qual nunca se chegaria pela via da responsabilidade pré-contratual¹³⁶, consiste na aplicabilidade da disposição supletiva que consagra a possibilidade de o contraente cumpridor optar pela execução específica da promessa. Obtém-se, desse modo, por via judicial, uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial faltosa, que poderá ser cumulada com um pedido de indemnização pelos danos sofridos pelo atraso no cumprimento¹³⁷. Note-se que esta solução pode ser afastada por mera convenção das partes, bastando a fixação de outro critério de reparação ou consequência de inadimplemento¹³⁸, como sinal ou cláusula penal. Este afastamento tem natureza presuntiva, e, portanto, pode ser afastado nos termos do artigo 350/2 CC.

Outra questão que surge amiúde nos contratos-promessa, diz respeito à sua incompletude quanto a todos os elementos que vão integrar o contrato definitivo. Sobretudo quando aliada a cláusulas que determinam que o contrato prometido há-de reproduzir integralmente o contrato-promessa, com excepção das cláusulas que pela sua natureza forem próprias da promessa. Nestes casos, a validade do contrato só deverá ser posta em causa se o recurso às técnicas legais de interpretação e integração se revele insuficiente para fixação de tais elementos essenciais. Este é outro ponto em que o conteúdo de instrumentos negociais como cartas de intenção ou “*agreements with open terms*” se poderá revelar fundamental para aferição da vontade real das partes. Caso não seja possível, e o contrato permaneça lacunoso quanto a elementos essenciais, a solução passará pela invalidade do contrato-promessa, como aliás o impõe o princípio da equiparação¹³⁹.

Em face do acima exposto, pode concluir-se que apesar de ser inicialmente descrito como uma alternativa, os verdadeiros benefícios para o enquadramento negocial e tutela da evolução da vontade das partes, conservando a liberdade contratual em momento iniciais e protegendo a legítima confiança num momento posterior, surgem quando os acordos intermédios e o contrato-promessa são complementares. Em momentos de maior indefinição quanto às circunstâncias da

¹³⁶VICENTE, DÁRIO MOURA, ob.cit., p. 324, e ainda ANTUNES VARELA, ob.cit.,p. 278

¹³⁷ ALMEIDA COSTA, “Direito das...”, p. 416

¹³⁸ É o que resulta da conciliação do estabelecido nos artigos 830.º n.º2, e 350.º do CC

¹³⁹ ALMEIDA COSTA, “Contrato-Promessa...”, p. 53

negociação a escolha deverá incidir sobre acordos preliminares, por força da sua mais limitada vinculatividade. Posteriormente, quando o quadro negocial já esteja traçado, as partes podem assinar um contrato-promessa, reforçando os vínculos e submetendo-os à disciplina mais eficaz que o Código Civil reserva para assegurar o seu cumprimento. Nesta conjugação surgem instrumentos contendo soluções adequadas a satisfazer os interesses em cada fase negocial.

V

Síntese Conclusiva

A formação complexa e duradoura de contratos de que constitui paradigma o processo de preliminares que antecedem comumente a aquisição de empresa objecto do presente trabalho, representa uma temática cujo interesse resulta de vários factores em que sobressai a necessidade de conjugar a tutela da parte que age e confia, justificadamente, na actuação de boa fé da contraparte, a liberdade contratual e a possibilidade de auto limitar esta com vista a mitigar o risco envolvido em negociações intrincadas, que se prolongam no tempo e que implicam uma potencialidade elevada de causar danos às partes.

Na breve consideração dedicada aos regimes provenientes de outros ordenamentos jurídicos, verifica-se que apesar de não existirem soluções uniformes a uma larga escala, existem dois polos no que respeita ao equilíbrio entre liberdade e actuação de boa fé no período negocial. Numa ponta do espectro encontramos os direitos anglo-saxónicos, onde a salvaguarda da boa fé negocial encontra menor acolhimento, situando-se os ordenamentos que consagraram, embora de modos diversos entre si, o instituto desenvolvido por Jhering, e a responsabilidade que poderá advir em momento pré-contratual, mais próximos do polo oposto. Já a prática comercial e negocial, motivada pelos fenómenos da globalização, e de facilitação de mobilização de capitais, encontra-se mais estandardizada, tornando cada vez mais comuns a todos os direitos o recurso a acordos na fase preliminar.

No que ao ordenamento português diz respeito, o princípio da confiança surge como um pilar fundamental, cabendo à boa fé objectiva, amiúde, o papel de transposição da eticidade que protege a confiança das partes, orientando a actuação destas através da imposição de diversos deveres de conduta no momento das negociações. Apesar da posição central que a autonomia privada, e concretamente a liberdade contratual, assumem no âmbito do direito privado português, e da separação indiscutível que existe entre um período de formação e de conclusão de um contrato, tal liberdade não pode servir como legitimação de toda e qualquer conduta assumida pelas partes na fase negocial que seja passível de causar danos à contraparte

Apesar do quadro da tutela da confiança existente que resulta de expressa consagração na lei do dever de actuação de boa fé, a prática comercial recorre com frequência à celebração de acordos

na fase negocial. A finalidade destes acordos é, variável, e por isso mesmo susceptível de acautelar os diversos interesses que cada parte entenda por conveniente salvaguardar. O valor jurídico de cada acordo é insusceptível de ser apreciada em termos gerais, sendo fundamental a apreciação casuística que decorre da interpretação da vontade das partes. Desta perspectiva, destaca-se o papel que tais acordos poderão ter na interpretação da seriedade das intenções das partes e o papel que poderão assumir na apreciação da legitimidade das expectativas criadas nos sujeitos, permitindo uma melhor distinção entre situações e, conseqüentemente, uma correcta aferição da licitude da actuação das partes.

Por fim, salienta-se a complementaridade que tais acordos intermédios atípicos podem assumir, não só entre eles, mas também com o aquele que é, em face do direito português, o acordo preliminar por excelência: o contrato-promessa. Pela diversidade de soluções que oferecem, pela diferenciação de regime para que cada acordo remete, pela possibilidade de adequação a cada momento negocial estas distintas técnicas jurídicas permitem uma tutela eficaz do processo de formação da vontade negocial, e a concertação equilibrada entre a liberdade de contratar e a expectativa das partes que mereça protecção.

Nesse sentido também, os acordos intermédios e a respectiva utilização prática nos negócios de aquisição de empresa constituem matéria de estudo revestida de interesse e actualidade.

Bibliografia

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA - “A Empresa como Objecto de Negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals””, ROA, Ano 68, 2008, pp. 715 e ss.

ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, “Das obrigações em geral”, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

CARVALHO FERNANDES, LUÍS A., “Teoria Geral do Direito Civil II - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica”, 5ª ed., Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2010

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Teoria Geral do Direito Civil - Volume 1º”, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990

- “Da boa fé no Direito Civil”, 1997, Almedina, Coimbra

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, CÂMARA, PAULO, AA. VV “Aquisição de Empresas”, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2011

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA “Direito das Obrigações”, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2009

- “Responsabilidade Civil pela Ruptura de Negociações Preparatórias de um Contrato”, Coimbra Editora, Coimbra, 1984

- “Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Actual”

DÁRIO MOURA VICENTE, “Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado”, 1ª ed., Almedina, Coimbra, 2001

DELGADO, ABEL, “Do Contrato-Promessa, 3ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1985

DIAMVUTU, LINO, “A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-Contratuais”, ROA, Ano 71, vol. II, p. 517 e ss.

FARNSOWRTH, E. ALLAN, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations”, Columbia Law Review, Vol. 87, No. 2

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, “Código Civil Anotado Volume I- Parte Geral”, Quid Juris-Sociedade Editoria Lda., Lisboa, 2011

JÚNIOR, E. SANTOS, “Acordos Intermédios: entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato”, ROA, ano 57, vol. II

- “Direito das Obrigações I Sinopse Explicativa e Ilustrativa”, 2ª ed., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2012

KESSLER, FRIEDRICH e FINE, EDITH, “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”, Harvard Law Review, Volume 77, Number 3, Faculty Scholarship Series, 1964

KNAPP, CHARLES L., “Enforcing the Contract to Bargain,” New York University Law Review. Rev. 673 (1969).

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES MENEZES, “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, ROA, 60, 2000, p. 51 e ss..

- “Direito das Obrigações”, Vol. I, 7ª Ed, Almedina, Lisboa, 2008

MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE DE “A Fase Preliminar do Contrato”, Direito das Obrigações, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

MORAES, MARIANA ASSUNÇÃO DE “Acordos Pré-Contratuais: Um Estudo Sobre Seus Efeitos Jurídicos e Sua Relevância”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016

MOREIRA DA SILVA, EVA SÓNIA, “Da Responsabilidade Pré-Contratual Por Violação Dos Deveres De Informação”, Almedina, Coimbra, 2006

NETO, ABÍLIO, “Código Civil Anotado”, 12ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1999

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, “A Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos Contratos”, Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento XIV, Universidade de Coimbra, 1966

ROCHA, ANA GONÇALVES DA, “O Valor jurídico das Cartas de Intenção (abordagem prática)”, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito, maio 2014.

SILVA, MANUEL DUARTE GOMES DA e AMARAL CABRAL, RITA, “Responsabilidade Pré-Contratual”, Separata da Revista “O Direito”, Ano 127º, 1995,

TENE, OMER, “Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective”,

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE “Teoria Geral do Direito Civil”, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

Índice de Jurisprudência

Internacional

RGZ 78, 239 VI. Civil Senate (VI 240/11) Linoleumrollen -decision = JW 1912(versão inglesa)

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 20 mars 1972, 70-14.154, Publié au bulletin (versão traduzida)

Smith v Hughes LR 6 QB 597 [1871]

Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd, AC 465 [1964]

Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd KB 130 [1947]

Walford v Miles 2 A.C. 128 [1992]

Courtney and Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd., 1 All ER 716 [1975]

Markov v. ABC Transfer & Storage Co. 76 Wn.2d 388 [1969]

Hoffman v. Red Owl Stores, Inc. 133 N.W.2d 267 Wisconsin [1965]

Combe v Combe 2 KB 215 [1951]

Feldman v. Allegheny International, 850 F.2d 1217 [1988]

Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd., [1989] QB 433, [1988]

Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus., Inc., Delaware Supreme Court, 248 A.2d 625 [1968]

Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corporation v. Grossman, 795 F.2d 291 (3d Cir.) [1986]

Portuguesa

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 31 de Março de 2011 (Processo n.º 3652/05.3TUSLB.L1. S1)

- Acórdão de 18 de Dezembro de 2012 (Processo n.º 1610/07OTMSNT.L1. S1)

- Acórdão de 11 de Setembro de 2004 (Processo n.º 04A3348)

- Acórdão de 16 de Dezembro de 2010 (Processo n.º 44/07.1 TGBDL.E1. S1)

- Acórdão de 9 de Setembro de 2007 (Processo n.º 04A33448)

-Acórdão de 11 de Junho de 2012 (Processo n.º 4068/06.8TBCS.L1. S1)

-Acórdão de 31 de Março de 2011 (Processo n.º 3682/05.3TVSLB. L1. S1)

Tribunal da Relação de Lisboa

-Acórdão de 7 de Setembro de 2003 (Processo n.º 4547/2003-2)

Tribunal da Relação de Coimbra

-Acórdão de 04 de Agosto de 2008 (Processo n.º 1162/03. 0TBCNT.C1)

-Acórdão de 13 de Fevereiro de 1991 (Processo n.º

Tribunal da Relação de Évora

-Acórdão de 03 de Março de 2003 (Processo n.º 44/07.1TBGDL.E1)