

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**OS ACORDOS PRELIMINARES NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE
EMPRESAS**

Maria Toscano Nogueira Martins

Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial

Orientação: **Professor Doutor Rui Pinto Duarte**

Lisboa, abril de 2016

Lista de abreviaturas e siglas

AA. VV.	Autores Vários
CC	Código Civil
Cfr.	Confronte (-se)
Coord.	Coordenação
ed.	edição
<i>Ibidem</i>	Autor e obra citados anteriormente
nº	número
ob. cit.	obra citada
p./pp.	página/páginas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
s./ss.	seguinte/seguintes
v.g.	<i>verbi gratia</i>
<i>Vide</i>	Veja (-se)
Vol.	Volume

Índice

Lista de abreviaturas e siglas	2
Índice.....	3
§1. Introdução.....	4
1.1. Relevância e âmbito do tema.....	5
1.2. O processo de aquisição de empresas	9
§2. Acordos Preliminares	12
2.1. <i>Letters of Intent</i> (Cartas de Intenção)	14
2.2. Modalidades	19
a) <i>Agreement to negotiate</i> (Acordo de negociação)	20
i) <i>Lock-out agreement</i> (Acordo de negociação exclusiva)	22
ii) <i>Confidentiality agreement</i> (Acordo de confidencialidade)	23
b) <i>Agreement with open terms</i> (Acordo parcial)	24
c) <i>Stop gap agreement</i> (Acordo instrumental de transição).....	25
d) <i>Ultimate agreement</i> (Contrato final)	26
2.3. Figuras afins	26
§3. Determinação dos acordos preliminares.....	29
§4. Valor jurídico dos acordos preliminares	33
§5. Funções dos acordos preliminares	40
§6. Síntese Conclusiva	43
Referências Bibliográficas	44

§1. Introdução

O tema que nos propomos tratar na presente dissertação é o dos acordos preliminares que são negociados e celebrados entre as partes [vendedor(es) e comprador(es)] no decorrer da fase pré-contratual dos processos de aquisição de empresas¹. Estes acordos preliminares não são designados uniformemente pela doutrina, sendo também denominados como acordos intermédios², acordos pré-contratuais³ ou contratação mitigada⁴. São celebrados ao abrigo de um dos princípios fundamentais do direito privado: o da liberdade contratual, consagrado no sistema jurídico português no artigo 405º do Código Civil⁵. Naturalmente, o quadro legal dos acordos em causa não se resume unicamente a tal princípio, havendo outros princípios e regras relevantes, como o princípio da boa fé, mais concretamente a sua aplicação à condução e à conclusão das negociações com respeito pela boa fé, consagrado igualmente no sistema jurídico português, nomeadamente no artigo 227º, no que interessa ao nosso tema.

Os acordos preliminares apresentam um grande interesse tanto teórico como prático⁶, sendo vários os seus aspetos sobre os quais os ordenamentos jurídicos e as doutrinas divergem, desde a respetiva relevância jurídica às consequências da violação dos mesmos, mais concretamente sobre as consequências da rutura de negociações no processo negocial.

¹ O fenómeno de aquisição de empresas apresenta-se como tema multidisciplinar com várias afinidades e conexões no mundo das empresas, convocando diversos lugares do sistema jurídico. Como é assinalado pela doutrina portuguesa, “o estudo da negociação e transmissão da empresa é quase tão velho como o da própria empresa: com efeito, pode dizer-se que a empresa nasceu, de um certo modo, condenada a circular e a mudar de mãos” *vide* ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, “A Empresa como Objecto de Negócios “Asset Deals” versus “Share Deals””, *ROA*, ano 68, Setembro/Dezembro, 2008, p. 715.

² Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., “Acordos Intermédios: entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato”, *ROA*, ano 57, vol. II, 1997, pp. 565 e ss..

³ Cfr. ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, Vol. I, *Conceito, Fontes, Formação*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2005.

⁴ Referindo-se de um modo geral às figuras abrangidas como contratação mitigada, *vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo I, Parte Geral, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 532.

⁵ As disposições legais citadas sem outra indicação pertencem ao Código Civil português de 1966, exceto se for indicada outra fonte.

⁶ Os intervenientes na negociação e formação de acordos preliminares sentem a necessidade de, no momento de elaboração dos mesmos, aferir da sua eficácia vinculativa e determinar quais as consequências do seu incumprimento. É através das necessidades reclamadas pela prática comercial de enquadramento jurídico dos acordos preliminares que a doutrina portuguesa nos últimos anos tem desenvolvido e esgotado as potencialidades desta temática. Para mais desenvolvimento sobre a problemática, *vide* FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, “As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo da sua relevância jurídica”, *O Direito*, ano 138, V, 2006, pp. 1101-1145.

Iniciaremos a exposição pela análise do relevo e âmbito do tema, conjuntamente com pequenas considerações sobre o processo de aquisição de empresas. Em seguida, analisaremos os contornos dos acordos preliminares, onde se situam no processo negocial, no plano interno e no plano internacional; identificaremos as particulares das *letters of intent*, como acordos preliminares de conteúdo heterogéneo e usuais na prática comercial, as modalidades que podem revestir, caracterizando-as, distinguindo-as das suas figuras afins, e determinando quais os seus elementos vinculativos que lhe permitem atribuírem relevância jurídica⁷. Por fim, abordaremos as suas funções.

1.1. Relevo e âmbito do tema

A crescente globalização da economia fez também sentir os seus efeitos ao nível da contratação comercial. O contexto económico na segunda metade do século XX, levou a que os contratos comerciais passassem a abranger com grande frequência relações plurilocalizadas em que entram em contacto diversos ordenamentos jurídicos⁸. A visão tradicional de formação do contrato, cuja construção remonta ao século XIX⁹ e que tem vigorado até à data, na qual os contratos são tidos como um encontro de vontades das partes, obtido através de “proposta e aceitação”, peca pela sua insuficiência e simplicidade. Este modelo não satisfaz as necessidades das partes contraentes¹⁰, nem oferece a adaptabilidade requerida nos tempos do passado recente e dos dias de hoje¹¹. Nasceu assim um novo paradigma na contratação comercial: a celebração do contrato comercial final, precedida de uma fase negocial, que se enquadra no processo negocial, em que são celebrados entre as partes acordos preliminares.

⁷ Importa reconhecer a existência de novas figuras na contratação mercantil, tanto no plano interno como no plano internacional, perceber as razões que levaram ao seu surgimento, identificando as suas características e o seu regime.

⁸ Os contratos comerciais passaram a ter frequentemente como característica a plurilocalização, que se apresenta como um fator para a complexidade jurídica e material que apresentam.

⁹ SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 566.

¹⁰ Embora se continuem a celebrar contratos, mais simples, através do encontro das vontades das partes pela emissão de proposta e correspondente aceitação da mesma.

¹¹ Nos dias de hoje, face à existência em maior número de contratos de maior vulto e complexidade, como são os contratos internacionais e, por vezes, alguns contratos internos, a simplicidade do modelo clássico não se mostra satisfatória. Porém, como escreve Carlos Ferreira de Almeida, “Contrato Formal e Pré-Contrato Informal”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 353, à luz do Código Civil (artigos 228º a 231º e 233º a 235º), parece que o único modelo admissível de formação de contratos é o da aceitação de uma proposta.

Os contratos comerciais que atualmente são celebrados, denominados por vezes de contratos dos tempos modernos, tanto internacionais como alguns nacionais, fruto da complexidade do negócio no qual são produzidos (no nosso caso, o processo de aquisição de empresas), implicam longos períodos de negociação e pressupõem a execução de uma panóplia de atos intermédios, prévios ao acordo final. Por serem o resultado de um processo negocial¹², a conclusão dos contratos comerciais não se poderia reconduzir apenas ao momento entre o encontro da proposta feita pela parte compradora com a sua aceitação, sem alterações nem contraproposta, pela parte vendedora. Este impedimento surge no âmbito da necessidade de tutelar a vinculação jurídica das partes até à celebração do contrato final, assim como à necessidade de limitação dos riscos, necessidade de organizar a negociação complexa e longa em curso e à necessidade de dar resposta a fatores externos à negociação¹³ e é também consequência da celebração de contratos comerciais por sujeitos de e em ordenamentos jurídicos diferentes¹⁴.

Na celebração dos acordos preliminares, quando se está perante relações plurilocalizadas, existe também o confronto entre os diferentes regimes dos ordenamentos jurídicos em causa, não sendo uniforme o reconhecimento legislativo da relevância da fase negocial. Nos ordenamentos jurídicos de *Common Law*, nos EUA e Inglaterra, não se reconhece, tradicionalmente, uma obrigação legal de negociar de boa fé, prevalecendo a perspetiva do “*all or nothing*” contratual¹⁵. Por sua vez, nos ordenamentos jurídicos de *Civil Law* são impostas regras ao comportamento das partes

¹² A moderna contratação tem vindo a ser equiparada à noção de processo, correspondendo a uma formação do contrato progressiva e não apenas num único momento. A fase preliminar, na qual se celebram os acordos preliminares, assume um enorme relevo prático e jurídico no domínio da contratação mercantil dos nossos dias. Para mais desenvolvimento sobre o tema, *vide infra* 1.2. O processo de aquisição de empresas.

¹³ SANTOS JÚNIOR, E., *ob. cit.*, p. 567, nota 3.

¹⁴ Como explica Dário Moura Vicente, “A Formação dos Contratos Internacionais”, *Direito Internacional Privado, Ensaios*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 123-128, é necessário controlar as circunstâncias jurídicas envolvidas no processo de aquisição de empresas e nos contratos comerciais celebrados. Para além de existirem diferenças entre os ordenamentos jurídicos de *Civil Law* e de *Common Law*, as partes podem também não estar familiarizadas com o ordenamento jurídico da parte contrária, não tendo pleno conhecimento das consequências jurídicas do ordenamento jurídico em questão para as vinculações assumidas no contrato.

¹⁵ A ideia de que apenas se está vinculado através da celebração de um contrato, tem vindo a ser, gradualmente, superada. Nos EUA o reconhecimento da possibilidade de haver responsabilidade pré-contratual tem sido feito de forma mais célere, do que em Inglaterra, uma vez que aqui a perspetiva do “*all or nothing*” se sente de forma mais intensa. Sobre o tema, *vide* SANTOS JÚNIOR, E., *ob. cit.*, pp. 582 e ss. e VINCENTE, DÁRIO MOURA, *ob. cit.*, pp. 119-123.

já durante as negociações. Em Portugal, o artigo 227^{o16} consagra o princípio geral da boa fé, tendo a total ausência de relevância jurídica do comportamento das partes na fase negocial sido rejeitada pela teoria da *culpa in contrahendo* e pelo regime legal de responsabilidade civil pré-contratual.

Face às contingências do ordenamento jurídico de *Common Law*, e perante a nova realidade de formação dos contratos, as partes sentiram necessidade de assegurar e proteger o investimento, minimizar a incerteza e fixar as condutas devidas por cada uma das partes no decurso das negociações¹⁷ com o intuito de colmatar uma possível atuação disforme da parte contrária que poria em causa o prosseguimento das negociações. Deste modo, foi nos países de *Common Law* que se assistiu ao surgimento dos acordos preliminares, situando-se aí as suas origens e onde o tema tem sido mais desenvolvidamente estudado, influenciando acentuadamente a contratação internacional. Esta realidade, de domínio da experiência norte-americana na celebração de contratos internacionais, contribuiu para que os acordos preliminares se generalizassem também em ordenamentos jurídicos como o português.

Embora a realidade do comércio, nacional e internacional, corresponda, na maioria das vezes, à celebração de contratos de grande vulto, com a consequente celebração de acordos preliminares, ainda não ocorreu a criação de um corpo unitário de regras relativo à formação dos contratos. Continua a caber às partes o dever de se protegerem em relação às eventualidades das negociações e da aplicação de regras jurídicas de diferentes ordenamentos¹⁸.

Perante esta nova realidade, assumiu particular relevância o princípio da liberdade contratual, que se tornou fonte privilegiada de criação jurídica, expressão da autonomia privada das partes, consagrado legalmente em Portugal no artigo 405^o. Assume múltiplas facetas: liberdade de celebrar ou não um contrato; liberdade de

¹⁶ Vide FERNANDES, LUÍS CARVALHO; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (Coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, AA. VV., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, “Artigo 227^o”, comentado por TRIGO, MARIA DA GRAÇA, pp. 510-514.

¹⁷ As partes, voluntariamente, substituíram a incerteza pela criação, de iniciativa privada, de um “quadro jurídico unificado de regulação do processo de negociações.”, vide COSTA, MARIANA FONTES DA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 75.

¹⁸ O regime aplicável aos contratos comerciais ainda é o das diferentes legislações nacionais. Esta realidade jurídica fragmentada é fonte de inúmeros problemas para as empresas. Devido à enorme disparidade de soluções jurídicas com que podem vir a ser confrontadas, nos diversos países em que exercem a sua atividade, mostra-se premente a necessidade de construir uma disciplina jurídica simples e uniforme aplicável aos contratos internacionais. Sobre o tema VICENTE, DÁRIO MOURA, ob. cit., pp. 123-128.

escolha de outro contraente; liberdade de estipulação ou fixação do conteúdo (que reconduz à atipicidade contratual); liberdade de forma e liberdade de as partes modificarem ou porem termo ao contrato¹⁹. Enquanto criação da prática jurídico-comercial, os acordos preliminares surgiram como resposta a “necessidades e exigências casuísticas, fixadas e respondidas em função do caso concreto.”²⁰. Desta forma, a sua característica mais importante é precisamente a sua natureza heterogénea.

Embora o princípio da autonomia privada seja um dos pilares do direito civil, o ordenamento jurídico português consagrou legalmente, no artigo 227º, certos limites à autonomia privada, por exigências de ordem ética e social, o qual estabelece que todo aquele que “negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

As partes mantêm a sua liberdade jurídica negativa, não estando nem obrigadas a concluir as negociações nem a seguir um conjunto de etapas pré-determinadas. A vertente da liberdade contratual que se mostra mais problemática na fase negocial prende-se com a liberdade de as partes se retirarem das negociações se assim o entenderem, surgindo o problema da responsabilidade pré-contratual por rutura injustificada de negociações. Não se exige a conclusão do negócio, isto é, acordo final, para que haja responsabilização de uma das partes por danos causados à outra, podendo uma das partes responder por danos causados à outra na fase negocial. Assim, é necessário conciliar os dois princípios em causa, o princípio da autonomia privada, que preserva a liberdade das partes na escolha de celebração ou não do contrato, e o princípio da boa fé, que estipula que as partes poderão ser responsabilizadas no decurso da fase negocial se romperem as negociações injustificadamente.

É entendimento comum na doutrina que os acordos preliminares se formam na fase negocial, entre o início e o termo das negociações, no processo negocial de aquisição de empresas²¹. Os acordos preliminares primam pela diversidade dos conteúdos que englobam e dos objetivos e efeitos que pretende alcançar. Embora de natureza heterogénea, o seu conteúdo reporta-se, maioritariamente das vezes, à

¹⁹ SANTOS JÚNIOR, E., p. 577.

²⁰ COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 17.

²¹ Veja-se SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., 588.

preparação do contrato final de compra e venda de empresa, tendo por referência o princípio da boa fé nos preliminares e formação dos contratos.

Os acordos preliminares apresentam algumas semelhanças com outras figuras jurídicas, típicas e legalmente consagradas no nosso ordenamento jurídico, como o contrato-promessa e o pacto de preferência. Apresentaremos os traços fundamentais que as distinguem destas figuras e excluimos o estudo de figuras de acordos intermédios legalmente típicos e/ou nominados, como o acordo intermédio sobre o valor jurídico negocial do silêncio, artigo 218º, ou o acordo ou convenção sobre a forma a adotar para o contrato definitivo, artigo 223º, e outros normalmente referidos como contratos preparatórios, uma vez que o objeto de estudo na presente dissertação são os acordos não legalmente nominados que surgem na negociação de contratos comerciais.

Pretendemos aferir da natureza vinculativa, ou não, dos acordos preliminares celebrados na negociação de contratos comerciais, conduzindo ao problema de interpretação da vontade das partes, assim como aferir dos efeitos jurídicos por estes desencadeados.

Uma das questões que se coloca à luz do ordenamento jurídico português é a de saber se estes acordos preliminares são importantes para um contrato submetido ao nosso ordenamento. Não estarão os contratos a tornarem-se, desnecessariamente, demasiados extensos e complexos, nomeadamente por força da utilização de técnicas de sistemas jurídicos diferentes?²²

1.2. O processo de aquisição de empresas

O panorama da formação do negócio jurídico através da proposta e aceitação, que se aplicava a negócios relativamente simples que se concretizavam num único momento, no encontro entre uma proposta e aceitação, nunca correspondeu à realidade do comércio internacional. Nos dias de hoje, a complexidade do conteúdo dos negócios, em especial na aquisição de empresas, em que existem grandes interesses económicos

²² Estas questões são colocadas por Clemente Galvão, “Declarações e Garantias em Compra e Venda de Empresas – Algumas Questões”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nº 12, 2005, pp. 103 e ss., relativamente às cláusulas de declarações e garantias em compra e vendas de empresas que são geralmente inspiradas em técnicas e modelos anglo-saxónicos.

envolvidos e as partes necessitam de recolher informações mais pormenorizadas sobre o objeto contratual, faz com que seja essencial, mas não obrigatório, a existência de um período anterior à celebração do negócio jurídico²³. As negociações decorrem, por norma, faseadamente, nas quais, em cada umas das fases, as partes acordam aspetos parciais do contrato final ou aspetos fundamentais do período anterior à celebração do contrato final. Assim, a moderna contratação tem vindo a ser equiparada à noção de processo, por não se concluir num único ato, desenvolvendo-se por etapas, heterogénea, posto que a sua duração e intensidade depende da evolução das negociações e das intenções das partes²⁴.

O período negocial é caracterizado por ser um procedimento flexível, não existindo uma matriz de operações de aquisição de empresas, dado que estamos perante o domínio da autonomia privada, cabe às partes, perante as suas intenções e as circunstâncias do caso concreto, moldar o período negocial na sua duração, na escolha do tipo de acordo preliminar a celebrar e no grau de vinculação que pretende assumir nesta fase do processo de aquisição²⁵.

Não se tratando de um processo estanque, não existe um único modelo de processo de aquisição de empresas, identificando a doutrina diversas fases que se poderão distinguir neste processo. Assim, o contrato, antes da sua formação, passa por um período preliminar em que se poderão distinguir as seguintes fases²⁶: fase prospetiva, em que ocorre a aproximação do primeiro interessado à contraparte, com a declaração de intenção de negociar (e não com a intenção de realizar uma proposta negocial, no sentido que o regime jurídico português lhe atribui do modelo clássico de proposta e aceitação); a fase preliminar das negociações, fase em que são celebrados os

²³ Maria Raquel Rei distingue dois tipos de formação de negócios jurídicos, o “processo de formação breve” e o “processo de formação progressiva”, consoante a fase pré-contratual se circunscreva essencialmente aos contactos exploratórios entre as partes e à preparação material do negócio jurídico, ou, ao invés, inclua “ajustes específicos entre as partes”, isto é, acordos preliminares (no entendimento da Autora, cartas de intenção), *vide* REI, MARIA RAQUEL, *Do contrato-quadro*, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1997, pp. 17-19.

²⁴ *Vide* BARATA, FILIPE SANTOS, *ob. cit.*, pp.7-8.

²⁵ Sobre o tema CÂMARA, PAULO e BASTOS, MIGUEL BRITO, “O Direito da Aquisição de Empresas: Uma Introdução”, AA. VV., Coord. (por) Paulo Câmara, *Aquisição de Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 13-64. Os Autores defendem que na prática, o percurso da operação variará consoante uma multiplicidade de fatores como: a dimensão da empresa adquirida, o grau de complexidade da empresa, o grau de confiança entre as partes, os riscos associados à empresa ou à operação em si, o nível de informação sobre a empresa alvo de que o adquirente dispõe e a existência ou modalidade de financiamento.

²⁶ Para outro enquadramento e perspetiva das fases existentes no processo negocial *vide* ABREU, BERNARDO TEIXEIRA DE, *Financiamento de Aquisição de Empresas*, policopiado, Universidade Católica Portuguesa, 2012, pp. 8 e ss. e COSTA, MARIANA FONTES DA, *ob. cit.*, pp. 20 e ss..

acordos preliminares, e que se caracteriza pela obtenção da informação necessária para a celebração destes primeiros acordos, em que as partes acordam certos aspetos relevantes para a celebração do acordo final (as negociações, e os vários acordos preliminares celebrados nesta fase, caracterizam-se por serem graduais, sendo a formação do contrato deferida no tempo devido ao escopo e magnitude dos acordos) e a fase final de negociações, a fase decisória, em que as partes, tendo já terminado as negociações sobre os pontos que consideram fundamentais, expressam vontade de celebrar o contrato final.

Segundo a doutrina clássica que consta no ordenamento jurídico português, nos artigos 228º a 235º, a celebração do contrato final é composta pelo encontro de duas declarações de vontade, de sentido oposto mas convergente num resultado comum. A primeira dessas declarações é a proposta contratual, constituindo a aceitação a segunda declaração de vontade e dela deve resultar uma concordância absoluta e total à proposta contratual²⁷. Como refere Mariana Fontes da Costa, apesar de haver apenas referência à celebração do contrato pelo modelo clássico de proposta e aceitação, “começa a questionar-se a capacidade de adequação deste modelo às diferentes variantes de elaboração de um contrato.”²⁸.

Assim, os acordos preliminares são celebrados antes da conclusão de um futuro contrato, na fase de negociações desse mesmo contrato, em que são preocupações comuns a toda a operação de aquisição a limitação do risco da operação e a diminuição da exposição das partes a esse mesmo risco. A fase negocial desempenha um papel determinante na integração e interpretação, do contrato final, em caso de litígio²⁹.

²⁷ Sobre a formação do contrato através de aceitação da proposta, *vide* ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, Vol. I, *Conceito, Fontes, Formação*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 57 e ss..

²⁸ *Vide* COSTA, MARIANA FONTES DA, *ob. cit.*, p. 25. Deste modo, principalmente na contratação comercial, assume particular relevância a celebração do contrato através de declarações contratuais conjuntas. Sobre este assunto, veja-se ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, Vol. I, *Conceito, Fontes, Formação*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005 e “Contrato Formal e Pré-Contrato Informal”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 349-365.

²⁹ Como refere Filipe de Albuquerque Matos, “A Fase Preliminar do contrato”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 334, não podemos considerar defensável a irrelevância jurídica do período pré-contratual. Esta fase revela uma grande influência, mormente interpretativa, quer nas hipóteses de conclusão de negócios substancialmente válidos, quer nas situações em que estamos perante contratos inválidos.

§2. Acordos Preliminares

O conceito “acordos preliminares” abrange todos os acordos instrumentais alcançados desde que as partes iniciaram negociações até à conclusão, ou não, do contrato definitivo^{30/31}. Podem ter como conteúdo a explicitação do alcance dos deveres pré-contratuais (v.g., de confidencialidade, de informação), regras relativas ao decurso e forma das negociações, entendimentos sobre determinadas cláusulas sobre as quais existe acordo entre as partes, entre outros. Na determinação do conteúdo dos acordos preliminares encontramos-nos perante todo o potencial emergente do princípio estruturante do direito privado, o da liberdade contratual, o que evidencia a característica fundamental destes acordos: a profunda diversidade do seu conteúdo³². Como refere Carlos Ferreira de Almeida³³ “os acordos pré-contratuais têm conteúdo, objetivo e efeitos diversos. Podem referir-se a aspetos parcelares, a um contrato no seu conjunto ou a um conjunto de contratos com conexão genética.”. Quanto mais complexo for o contrato, tanto mais a etapa da sua formação é dispendiosa e demorada. Consequentemente, as inúmeras negociações entre as partes começaram a ser autorreguladas por estas. Estando perante uma heterogeneidade de conteúdos surge um problema jurídico que cabe ao intérprete solucionar. Perante o conteúdo de um acordo preliminar, é necessário diligenciar no sentido de determinar estarmos face a meros acordos pré-contratuais ou se perante uma vinculação contratual.

Engrácia Antunes³⁴ distingue os acordos preliminares em acordos não contratuais e acordos contratuais. Os primeiros, dos quais tratamos, são instrumentos jurídicos, destituídos de natureza contratual. Não são contratos e não originam obrigações contratuais, sendo que a eficácia própria destes acordos é apenas pré-

³⁰ Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 358, defende que os acordos pré-contratuais podem ser intermédios ou finais. São acordos pré-contratuais intermédios aqueles que eventualmente se estabelecem em qualquer momento entre o início e o termo das negociações para celebração de um contrato e têm por efeito típico a criação de deveres pré-contratuais de iniciar ou prosseguir negociações. O acordo pré-contratual final surge no termo final das negociações e o seu efeito típico consiste na criação do dever pré-contratual de contratar, concluindo assim o contrato negociado.

³¹ Não cabem neste conceito as figuras afins, *vide infra* 2.3. Figuras afins. Sobre a definição de contratos preliminares, *vide* OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 252.

³² MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 342.

³³ *Vide* ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, ob. cit., p. 358.

³⁴ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 97 e ss..

contratual. São acordos pré-contratuais o que significa dizer que são acordos não contratuais preparatórios de um contrato.

Por vezes, alguns contratos têm uma etapa prévia na qual se gera a sua formação, através de acordos preliminares que contêm, em certas ocasiões, obrigações que vinculam as partes e limitam a sua liberdade contratual, mas ainda assim não consubstanciam o contrato final.

A doutrina também tem analisado os acordos preliminares no âmbito do plano do comércio internacional³⁵, assistindo-se no plano interno à adoção das práticas do comércio internacional. Requerendo as negociações respostas plurilocalizadas, na senda de Filipe Barata³⁶, o enquadramento jurídico dos acordos preliminares deverá pressupor a análise dos desenvolvimentos na *praxis* internacional.

Existem várias categorias de acordos preliminares, dado o seu carácter versátil e fluido, sendo possível identificar algumas modalidades socialmente típicas³⁷, que se vieram progressivamente a sedimentar na prática da negociação dos contratos comerciais, caracterizando-se pela sua atipicidade legal. Assim, os acordos preliminares caracterizam-se por serem socialmente típicos³⁸ e legalmente atípicos³⁹.

A prática comercial utiliza várias designações (usuais e genéricas), como *letter of intent*, *memorandum of understanding*, *agreements in principle*, *preliminary agreement* ou *heads of agreements* podendo estas abranger diversos tipos de acordos preliminares. Por considerarmos que *letter of intent* é a designação mais usual e o

³⁵ A título de exemplo *vide* VICENTE, DÁRIO MOURA, *ob. cit.*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 765-788 e ALBÁN, JORGE OVIEDO, “Negociación y documentos preliminares en la contratación internacional”, *Revista de Derecho Privado*, nº 22, Janeiro-Junho de 2012, pp. 73-106.

³⁶ BARATA, FILIPE SANTOS, *ob. cit.*, p. 23.

³⁷ Como refere Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Lisboa, 1999, p. 26, “Sem querer dizer que o legislador não se possa antecipar à realidade social, promovendo-a, a verdade é que, ao menos pelo que respeita aos códigos, por força das suas características, as espécies legais de contratos tendem a corresponder a realidades sociais”, o mesmo se pode dizer em relação aos acordos preliminares. A velocidade de evolução que corresponde à contratação comercial, dificilmente é acompanhada pelo legislador, o que dá lugar à tipicidade social destes acordos preliminares.

³⁸ Por tipicidade social entende-se a inexistência de previsão legal, mas que o seu regime jurídico foi criado e desenvolvido pela prática jurídica. Sobre a tipicidade social *vide* VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Lisboa, 1994, pp. 59-64. Uma vez que os acordos preliminares não dispõem de regulação legislativa, tendo origem na prática comercial e sendo largamente utilizados e facilmente identificáveis pelas partes, caracterizam-se pela tipicidade social.

³⁹ A “atipicidade” corresponde à adjetivação que é dada, mormente aos contratos, que não encontram nenhuma disciplina atribuída por lei. Para a distinção entre “típico” e “atípico”, *vide* DUARTE, RUI PINTO, *ob. cit.*, pp. 34-37 e VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *ob. cit.*, pp. 207-211.

instrumento jurídico com maior interesse prático para as partes, tomá-la-emos como objeto de estudo.

2.1. *Letters of Intent* (Cartas de Intenção)

As *letters of intent*, cartas de intenção na tradução do termo anglo-saxónico⁴⁰, constituem uma categoria usual e genérica de acordos preliminares que podem comportar os mais diversos conteúdos⁴¹. Existem variações terminológicas das mesmas consoante as diversas modalidades e tipos de acordos preliminares que se pretende inserir na formação de negócios jurídicos. Embora a heterogeneidade do seu conteúdo, podemos indicar como característica comum a todas elas o propósito de regularem, de forma mais detalhada ou mais genericamente ou originando vinculações para as partes ou apenas mero registo dos acordos alcançados, o processo de negociação e de formação do contrato.

Sendo uma figura de criação da *praxis* comercial, é interessante notar que foi a forma que estes acordos preliminares assumiam que materializou a sua designação como carta. Esta advém do facto das declarações das partes relativamente ao processo negocial em curso, ou a declaração de uma das partes na qual manifesta a intenção de iniciar negociações, serem feitas em documentos, mormente uma carta⁴².

A noção de *letters of intent*, devido à diversidade terminológica da sua designação, à variedade do seu conteúdo material, à dificuldade de aferição da sua relevância jurídica ou à ausência da sua consagração legal⁴³, não é homogénea entre a doutrina. Mariana Fontes da Costa⁴⁴ adota uma noção ampla definindo *letters of intent* como “declarações emitidas por uma ou ambas as partes no contexto de um processo negocial, com o objetivo de regulamentar o decurso das negociações ou a formação do

⁴⁰ Na dúvida entre a escolha do termo inglês ou português, a tendência será o recurso ao termo inglês. Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 568, nota 6.

⁴¹ O conteúdo das *letters of intent* é formulado de acordo com a vontade das partes, tendo como limite o respeito pelo princípio da boa fé, embora a prática comercial conheça “estruturas típicas” de *letters of intent* que são aplicadas consoante o objetivo ambicionado pelas partes, como se mostra *infra*.

⁴² FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., p. 1106.

⁴³ Sobre a noção de cartas de intenção, vide COSTA, MARIANA FONTES, ob. cit., pp. 78- 84.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 84.

contrato final, sem, porém, vincular à celebração deste.” Engrácia Antunes⁴⁵ adota uma noção estrita definindo-as como “... acordos, de conteúdo extremamente variável, [que] consistem usualmente em pactos através dos quais as partes, em determinado estágio das negociações em curso, manifestam a sua vontade em prosseguir estas de boa fé com vista a atingir o acordo final.”⁴⁶ Embora não se consiga adiantar uma noção uniforme, cada Autor alude a traços comuns⁴⁷ da figura que permitirão qualificar o documento como *letter of intent*.

As *letters of intent* podem assumir um carácter unilateral ou bilateral. Embora a sua expressão possa reconduzir ao carácter unilateral da mesma, como um negócio jurídico unilateral⁴⁸, em que uma das partes expressa a sua intenção de iniciar negociações com outra parte, a realidade da contratação comercial tem demonstrado que as *letters of intent* atuam na fase negocial, estando já as partes envolvidas em negociações e resultando o seu conteúdo num acordo entre elas⁴⁹.

A distinção entre *letters of intent* de carácter unilateral ou bilateral assume particular relevância no ordenamento jurídico português uma vez que a doutrina discute se vigora ou não entre nós o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais⁵⁰. E. Santos Júnior⁵¹ considera que “não será retirada relevância jurídico negocial à *letter of intent*, por esta ir contra a tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, se consubstanciar um acordo das partes (uma vez que as *letters of intent* se inserem no processo negocial, alcança-se um verdadeiro acordo, quer através da assinatura por ambas as partes de uma *letter of intent*, quer quando haja adesão da parte que a emite a documentos anteriormente trocados com a outra parte, quer quando a adesão da

⁴⁵ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, ob. cit., pp. 97-98.

⁴⁶ Sobre outras noções de *letters of intent*, vide LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., pp. 53-54; REI, MARIA RAQUEL, ob. cit., pp. 15-16; FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., pp. 1106-1107; MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pp. 350-352 e GOMES, M. JANUÁRIO DA COSTA, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 37-38.

⁴⁷ São traços comuns das *letters of intent* serem de conteúdo variado, emitidas no decurso da fase negocial e sem vinculação das partes à celebração do contrato final.

⁴⁸ Sobre negócios jurídicos unilaterais, vide COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 301-309 e LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 283-291.

⁴⁹ Neste sentido COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 82 e SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 589, nota 55.

⁵⁰ O princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, consagrado no artigo 457º, estabelece que “a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei”, instituindo um sistema de *numerus clausus*, e impede que de uma declaração de intenção unilateral atípica possam nascer efeitos jurídicos coincidentes com o teor da vontade manifestada, sendo que apenas abrangerá os negócios unilaterais. Sobre este princípio vide LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., pp. 283-286.

⁵¹ SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., pp. 588-589, nota 55.

contraparte da que emite a *letter of intent* se dê por outro modo, expressa ou tacitamente)”. Mariana Fontes da Costa⁵² entende que “vigora em Portugal, no artigo 457º, o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, sendo que se houver uma *letter of intent* unilateral, o que se traduz numa declaração de intenção unilateral atípica, não se poderá retirar dela efeitos jurídicos”. Em sentido totalmente oposto, António Menezes Cordeiro⁵³ entende que o princípio da tipicidade dos negócios unilaterais é um falso princípio, encontrando-se hoje superado uma vez que a lei prevê um tipo de negócio unilateral suficientemente abrangente para permitir uma atipicidade negocial, a proposta contratual, sendo uma “tipicidade aparente”. Na mesma linha de pensamento, Patrícia Afonso Fonseca⁵⁴ considera que “sem prejuízo do carácter unilateral que uma carta de intenções pode assumir...” pois “...nada impede que apenas uma das partes assumam um compromisso...”⁵⁵.

No nosso entender, a realidade das negociações ultrapassa o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, que se traduz na proibição de negócios unilaterais atípicos⁵⁶. Entendemos que as *letters of intent* não são negócios jurídicos unilaterais, uma vez que caso contenham apenas a declaração de intenção de iniciar negociações de uma das partes não causam na esfera jurídica da outra parte uma obrigação de negociar com esta, mantendo sempre a parte contrária a sua liberdade de escolha do contraente com quem negociar. Se a contraparte declarar, expressa ou tacitamente, que aceita o início das negociações com a parte proponente, a *letter of intent* será de carácter bilateral não violando este princípio. Se se tratar de uma *letter of intent* acordada entre as partes no decurso do processo negocial, provavelmente produzirá efeitos para ambas, porém, caso só produza efeitos jurídicos em relação a uma das partes não estamos perante um negócio jurídico unilateral, mas sim bilateral, dado que a sua formação foi acordada por ambas as partes.

⁵² COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 83.

⁵³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Direito das Obrigações, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 684.

⁵⁴ FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., pp. 1106-1107.

⁵⁵ Patrícia Afonso Fonseca dá como exemplos a obrigação de negociar exclusivamente com uma determinada parte ou a obrigação de apenas uma das partes seguir um *iter* negocial específico. Discordamos da Autora ao considerar que se tratam de negócios jurídicos unilaterais, onde se verifica uma unilateralidade tanto nos efeitos como na formação, mas sim de contrato unilateral, que é unilateral nos seus efeitos (dele derivam obrigações só a cargo de uma das partes), mas não o é na respetiva formação (nasce de uma acordo de vontade), não violando, a admitir existir, o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais. *Vide* COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 461-471.

⁵⁶ Caracterizando-se como negócios jurídicos unilaterais atípicos as *letters of intent* unilaterais estão, consequentemente, abrangidas pelo princípio proibitivo. Porém, esse não é o nosso entendimento.

As *letters of intent* de conteúdo mínimo são acordos preliminares nos quais as partes reduzem a escrito a evolução das negociações e não se reconhece a existência de acordos de conteúdo específico, como, por exemplo, acordos de confidencialidade ou de negociação exclusiva, não assumindo as partes quaisquer obrigações. No entendimento de alguma doutrina⁵⁷ as *letters of intent* de conteúdo mínimo apenas dão a conhecer a existência de negociações entre as partes, não gerando as conversações entre elas, perante tais redações, uma situação de confiança suficiente que permita acordar ou defender que a rutura de negociações acarretará responsabilidade pré-contratual, constituindo instrumentos pré-contratuais desprovidos de relevância jurídica contratual. Por sua vez, no entendimento de Filipe de Albuquerque Matos⁵⁸, é necessário concluir “...pela relevância jurídica destes instrumentos jurídicos pré-contratuais sem relevância jurídico-negocial.”, posto que, não reduzindo a importância das *letters of intent* de conteúdo mínimo ao seu valor probatório, a existência de suporte probatório da evolução das negociações pode revelar-se útil para a correta decisão sobre litígios que surjam da averiguação da existência ou não de responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações.

Para além desta modalidade de *letters of intent* de conteúdo mínimo, numa segunda modalidade das mesmas⁵⁹, as partes têm como objetivo descrever os principais *terms and conditions* da transação.

Pelo exposto, face ao conteúdo das *letters of intent*, desde minuta a contrato preparatório das negociações, podemos constatar a dificuldade em defini-las. Como refere António Menezes Cordeiro⁶⁰ poderão conter “...simples deveres de procedimento, de esforço ou de negociação. Mas eles existem e devem ser cumpridos.”.

Como figura próxima da *letter of intent*, encontramos a *letter of comfort* (carta de conforto)⁶¹. As duas figuras surgem no decorrer de um processo negocial e ambas podem ter como características “confortar” a outra parte e “declarar intenções” para

⁵⁷ Vide BARATA, FILIPE SANTOS, ob. cit., p. 29 e LEITÃO, LUÍS MENEZES, “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 773-774.

⁵⁸ MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 352.

⁵⁹ Sobre as várias fases e funções desempenhadas pelas *letters of intent*, vide REI, MARIA RAQUEL, ob. cit., pp. 17-19.

⁶⁰ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 571.

⁶¹ Sobre as Cartas de Conforto, vide por todos CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lisboa, Lex, 1993.

outra parte. Mas são figuras distintas uma vez que a *letter of comfort* “consiste numa declaração, normalmente dirigida a uma instituição de crédito, por uma entidade que detém interesses na entidade beneficiária dessa mesma carta, normalmente emitida por uma sociedade relativamente a obrigações que irão ser assumidas por uma sua subsidiária.”⁶². Isto é, as cartas de conforto são declarações, de caráter forte, médio ou fraco, emitidas pela entidade-mãe a favor da entidade-filha, normalmente dirigida a uma instituição financeira para que o financiamento solicitado pela sociedade-filha lhe seja conferido com mais facilidade. Por sua vez, uma *letter of intent* é um acordo preliminar, não desempenhando a função de garantia, ainda que atípica, que algumas *letters of comfort* podem desempenhar.

Sem prejuízo do conteúdo diversificado que as *letters of intent* podem comportar, a *praxis* comercial tem identificado algumas previsões úteis que compõem a sua estrutura típica⁶³, nomeadamente:

- i. Identificação das partes (*property seller/property purchaser*),
- ii. Identificação do negócio (objeto da transação),
- iii. Estruturação da operação e repartição dos custos,
- iv. Preço da transação (ou modelo económico em que assentará a fixação do preço),
- v. Identificação das condições a cumprir antes da transação se realizar (o negócio poderá estar depender da verificação de relatório de auditoria favorável, consentimentos por parte de entidades nacionais e internacionais, realização de *due diligences*, entre outras, que tem como objetivo dar a conhecer à contraparte o máximo de informação possível naquela fase de negociações, com vista a que as partes conhecem suficientemente os pressupostos do negócio, nomeadamente para efeitos dos artigos 252º, nº 1 e 437º⁶⁴),
- vi. *Representations and Warranties*⁶⁵,
- vii. Cláusula de confidencialidade⁶⁶,

⁶² FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., pp. 1106-1107.

⁶³ Sobre a estrutura típica das cartas de intenção, vide CHRISTOU, RICHARD, *Drafting Commercial Agreements*, 3.ª ed., Londres, Thomson/Sweet & Maxwell, pp. 301 e ss.

⁶⁴ Perante estes “pressupostos de ambas as partes”, limitam-se as possibilidades de anulação dos contratos com base em erro da vontade negocial das partes e serve de referência no caso de alteração das circunstâncias.

⁶⁵ Sobre a temática vide GALVÃO, CLEMENTE, ob. cit., pp. 103-107 e CÂMARA, PAULO e BASTOS, MIGUEL BRITO, ob. cit..

⁶⁶ Vide *infra* 2.2. Modalidades, a) *Agreement to negotiate* (Acordo de negociação), ii) *Confidentiality agreement* (Acordo de confidencialidade).

- viii. Possibilidade de renegociar algumas questões já acordadas por dificuldades em obter financiamento,
- ix. Acordo entre as partes de que se for necessário poderá haver negociações futuras,
- x. Cláusula de negociações exclusivas e consequente proibição de negociação com terceiros⁶⁷,
- xi. Duração de vigência da *letter of intent*,
- xii. Data da conclusão do negócio (data em que será assinado o contrato final),
- xiii. Consequência da violação dos deveres previstos na *letter of intent* (cláusulas penais).

Sobre a relevância jurídica que as *letters of intent* podem assumir, cabe dizer que consoante o seu conteúdo assim serão os seus efeitos jurídicos. Deste modo, as *letters of intent* podem não produzir qualquer efeito jurídico, produzir efeitos jurídicos pré-contratuais ou consubstanciarem verdadeiros contratos preparatórios. Cabe ao intérprete, através da interpretação e qualificação das *letters of intent*, apurar qual foi a intenção das partes e qual o significado jurídico que as mesmas encerram.

Analisaremos em seguida as modalidades que as *letters of intent* podem comportar, consoante os tipos mais usuais na prática comercial.

2.2. Modalidades

As modalidades que se enumeram, perante o conteúdo tão díspar que as *letters of intent* podem assumir, são acordos típicos que as mesmas podem conter, tendo vindo a assumir uma relevância crescente no comércio jurídico⁶⁸ e abrangendo cada uma delas realidades jurídicas diferentes.

⁶⁷ Vide *infra* 2.2. Modalidades, a) *Agreement to negotiate* (Acordo de negociação), i) *Lock-out agreement* (Acordo de negociação exclusiva).

⁶⁸ Alguns autores, como Maria Raquel Rei, ob. cit., pp. 11 e ss., autonomizam algumas destas figuras, como o “acordo parcelar”, do instituto geral das *letters of intent*. Outros, por sua vez, embora reconhecendo a cada vez maior relevância e importância destas modalidades, defendem que o grau de desenvolvimento que estas figuras assumem ainda não lhes permite terem força jurídica suficiente para serem autonomizadas *vide* COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 80, nota 153. Assim, por partilharem as características apontadas às *letters of intent*, é conveniente o seu estudo integrado nesta figura mais ampla.

a) *Agreement to negotiate* (Acordo de negociação)

O *agreement to negotiate*, define-se por ser um acordo através do qual as partes, em determinado estágio das negociações, manifestam a sua vontade de prosseguir as mesmas, empregando os melhores e mais leais esforços (“*best efforts*”)⁶⁹ em ordem a levar as negociações a bom termo. Isto é, as partes comprometem-se a negociar de boa fé com vista à conclusão de um contrato final, mas nenhuma delas fica vinculada à celebração do mesmo⁷⁰.

Face ao disposto no artigo 227º, questiona-se se este *agreement to negotiate* é relevante para as partes ou é um mero expediente que seria dispensável no processo negocial e apenas deveria ser utilizado em sistemas jurídicos, como o anglo-saxónico, onde, tradicionalmente, não está prevista qualquer proteção para os contraentes na fase preliminar dos contratos⁷¹. Uma vez que o seu conteúdo reforça o que dispõe o regime jurídico português relativamente à verificação do dever de negociar de boa fé, este acordo preliminar vem trazer maior segurança jurídica às partes assim como atribui maior precisão ou concretização dos seus deveres de informação, lealdade e proteção. Como pensa E. Santos Júnior⁷², mediante a consagração de deveres de boa fé redobrados, este tipo de acordo assume uma força especial, no sentido em que justificações insuficientes e vagas já não serão aceites se, eventualmente, ocorrer a

⁶⁹ GOMES, M. JANUÁRIO DA COSTA, ob. cit., p. 37.

⁷⁰ Diferencia-se deste modo do contrato-promessa, pois as partes mantêm a liberdade de discussão e fixação do conteúdo negocial, o que não acontece no contrato-promessa. Vide SILVA, JOÃO CALVÃO, ob. cit., pp. 52 e ss.

⁷¹ Nos últimos tempos a jurisprudência inglesa tem vindo a admitir a responsabilidade pré-contratual. Progressivamente, e afastando-se da ideia tradicional de recusa de vinculação no período pré-contratual, por ainda não haver contrato, logo as partes não estariam protegidas, os *agreements to negotiate* têm vindo a ser admitidos na *Common Law*, tutelando-se desta forma a fase pré-contratual, vide REI, MARIA RAQUEL, ob. cit., 13-14, nota 47. Sobre o tema, vide SCHWARTZ, ALAN; ROBERT, E. SCOTT, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, Janeiro 2007, Número 3, pp. 661- 707 e KNAPP, CHARLES L., *Enforcing the Contract to Bargain*, New York University Law Review, 673, 1969, pp. 673-728. Como refere ASÚA, CLARA I. – “Negotiating in good faith and the agreement to negotiate (with reference to the decision of the House of Lords in the case of *Walford v Miles*)”, *Europeasn Revue of Private Law*, Vol. 2, nº 2, 1994, p. 279, “From an English law perspective, it seems to less meaningful to make a pre-contractual agreement whereby the parties promise to act generally in accordance with the principle of good faith as this yardstick will probably be invalid of its indeterminacy. However, parties will be able to stipulate specific obligations of conduct which in practice, will be the only possibility of retroactively justifying the existence of these obligations – but it should be realized that sometimes, in order to determine the aim and extent of the performance of the obligations mentioned, a yardstick must be resorted to which, however described, eventually will be “reasonableness” or “good faith”.”.

⁷² SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 599.

rutura das negociações entre as partes^{73 74}. Acompanhando o pensamento de Maria Raquel Rei⁷⁵ nos *agreement to negotiate* estamos perante algo de diferente relativamente aos deveres impostos pela boa fé na formação dos contrato. O princípio da boa fé exige a quem negocia que atue conforme a boa fé, mas não veda a rutura das negociações, ou melhor dizendo, não impõe que as negociações continuem, sendo que “qualquer dos intervenientes é livre de, a todo o momento romper as negociações, salvo se essa rutura constituir uma ofensa da boa fé.”⁷⁶. Por seu turno, os *agreements to negotiate* geram a obrigação de prosseguir as negociações, embora não existindo uma obrigação de contratar mas uma “obrigação de tentar levar a negociação a bom porto – à celebração do negócio.”⁷⁷.

Coloca-se a questão de saber se o *agreement to negotiate* engloba um *lock-in agreement*, no qual as partes se vinculam mutuamente a negociar uma com a outra, e um *lock-out agreement*, no qual as partes se vinculam a não negociar paralelamente com terceiros, sendo um “misto” de ambos. Decorre do *agreement to negotiate* a obrigação, reforçada, de negociar de boa fé, logo tenderíamos a responder afirmativamente ao facto de ser contra os deveres emergentes da boa fé a condução de negociações paralelas com terceiros, salvo acordo das partes em sentido contrário. Numa visão pura do processo de aquisição de empresas embora não estando escritas tais cláusulas de vinculação, resultaria do conteúdo do *agreement to negotiate* o dever de lealdade para com a outra parte. Porém, a realidade das negociações e a livre concorrência das partes implica que o *agreement to negotiate* não incluí a obrigação de negociar exclusivamente com a parte contrária se não houver acordo expresso das partes nesse sentido⁷⁸.

Como espécies que integram os *agreements to negotiate*, é possível destacar o *lock-out agreement* e o *confidentiality agreement*. São acordos através dos quais as

⁷³ Como refere M. Januário da Costa Gomes, ob. cit., p. 37, “A partir do momento em que as partes se comprometem nesses termos, não ficando, embora, vinculadas à celebração do contrato final, nem por isso podem pretender exercer um qualquer “direito de arrependimento.”

⁷⁴ Sobre a responsabilidade pré-contratual na fase negocial, Ana Prata, *Notas Sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 17, considera que “nesta fase preliminar, gozam as partes de uma ampla liberdade de decisão, coessencial à função que ela desempenha na preparação da vontade contratual: aquelas são, por isso, livres de alterar os seus pontos de vista, ajustar as suas posições, reformular os seus projectos, com grande amplitude. Tal liberdade vai, porém, sendo progressivamente restringida, à medida e na medida em que, pelos seus comportamentos (positivos e omissivos), cada uma das partes cria, na respectiva contraparte, uma convicção crescente de confiança na iminência da celebração do contrato.”

⁷⁵ Embora a autora retire a existência de um *agreement to negotiate* da mera existência de uma carta de intenção, não autonomizando a figura, vide REI, MARIA RAQUEL, ob. cit., pp. 28-29.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁸ Nesse sentido SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 594 e BARATA, FILIPE SANTOS, ob. cit., pp. 36-37.

partes pretendem, pela sujeição a determinadas obrigações, “por um lado, definir o seu próprio padrão de conduta para aquele período pré-contratual em concreto e, por outro, limitar o risco inerente a esta fase de negociações, sem que isso implique, naturalmente, a obrigação de celebração do contrato que está a ser negociado.”⁷⁹. São verdadeiros contratos, acordos contratuais⁸⁰, autónomos e vinculativos e definitivos entre as partes, situam-se já no plano da formação e não da mera negociação do contrato.

i) *Lock-out agreement* (Acordo de negociação exclusiva)

O *lock-out agreement* é um acordo, expresso, no qual as partes, ou uma delas mormente o vendedor, se obrigam, em determinadas condições e durante certo período temporal⁸¹, a não negociar paralelamente com terceiros⁸². Normalmente, estes acordos são combinados com cláusulas penais que fixam o montante da indemnização em caso de incumprimento⁸³.

⁷⁹ Vide FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., p. 1113.

⁸⁰ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, ob. cit., pp. 103-109.

⁸¹ A característica que deve estar presente nos *lock-out agreements* é a limitação temporal da sua vigência. A questão foi discutida, no ordenamento jurídico inglês, no caso *Walford v. Miles* (sobre a análise do caso, vide ASÚA, CLARA I., ob. cit. e COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit. pp. 114-117 e pp. 181-190), em que os réus, proprietários de um negócio de fotografia, iniciaram um processo de negociação com os autores. As partes celebraram um acordo quanto aos termos do negócio no qual introduziram a cláusula “*subject to contract*”. Na mesma altura, um dos autores e um dos réus, acordaram telefonicamente que se os autores conseguissem providenciar uma *letter of comfort*, os réus comprometiam-se a não encetar negociações com terceiros. Os autores providenciaram a *letter of comfort*, mas os réus haviam vendido o negócio a um terceiro com qual tinham negociado entretanto. Perante conhecimento de tal facto, os autores intentaram ação onde argumentam que, apesar de não ter sido celebrado um contrato final vinculativo, havia sido introduzida no contrato a cláusula “*subject to contract*”, havia sido celebrado no decurso das negociações um acordo de negociações exclusivas, *lock-out agreement*. Logo, tal acordo, contrato, havia sido violado pelos réus e os autores tinham direito a indemnização. A decisão proferida pela *House of Lords*, “reconheceu a existência e validade, no ordenamento jurídico inglês, do contrato de não negociar com terceiros. Porém, determinou que este só seria vinculativo, na medida em que o seu objeto estivesse suficientemente determinado ou determinável, o que implicava, nomeadamente, que as partes definissem expressamente o período de tempo pelo qual este se destinava a vigorar. Como no caso em análise as partes não haviam fixado esse período de tempo, então o contrato não seria vinculativo.” Vide COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 115. Se o *lock-out agreement* for celebrado por certo período de tempo definido, à semelhança do vem sucedendo no direito inglês, também no ordenamento jurídico norte-americano, merecerá reconhecimento jurídico.

⁸² Os *lock-out agreements* podem conter outras modalidades de cláusulas como a cláusula “*no shop*”, que limita a parte vendedora de solicitar propostas de compra por parte de terceiros, ou a cláusula “*no talk*”, que limita a parte em questão em atender a qualquer proposta de terceiros ainda que não solicitada. Sobre o tema vide BARATA, FILIPE, ob. cit., p. 42.

⁸³ Constituem verdadeiros contratos e gozam de um regime social tipicamente contratual. Significa dizer que o respetivo incumprimento dos *lock-out agreements* causará responsabilidade contratual pelos danos causados ao lesado, nos termos dos artigos 798º e seguintes. Uma vez que a sanção de incumprimento

Perante a celebração deste acordo, as partes têm interesse em que não sejam estabelecidas negociações paralelas com terceiros. Juridicamente, fruto do princípio da liberdade contratual, sempre está presente a liberdade de escolha do contraente, admitindo-se a possibilidade de conduzir negociações com vários sujeitos, sem informar a contraparte dessa existência e desse facto. Deste modo, não se pode considerar as negociações paralelas como uma situação de *culpa in contrahendo*. Assim, a única possibilidade de tutela deste interesse é através da celebração de um *lock-out agreement*⁸⁴.

ii) Confidentiality agreement (Acordo de confidencialidade)

O *confidentiality agreement* é um acordo através do qual uma ou ambas as partes se comprometem a não divulgar as informações, jurídicas, económicas ou outras, a que tenham acesso no período de negociações. O dever de informação entre as partes resulta do dever de negociar com respeito pelo princípio da boa fé, consagrado no artigo 227º.

Uma vez que estamos no âmbito de processo de aquisição de empresas, é essencial à parte adquirente ter acesso a determinadas informações classificadas como privadas, que não são do conhecimento público, nem devem ser dadas a conhecer a qualquer interessado, para o melhor e mais aprofundado conhecimento do objeto negocial⁸⁵.

Estes acordos normalmente precedem cronologicamente outros acordos preliminares celebrados pelas partes, uma vez que, podem ser e normalmente são, celebrados como condição da abertura das negociações. Dada a sensibilidade das informações transmitidas ao potencial adquirente, os *confidentiality agreements* “costumam ser bastante detalhados, indicando com muito detalhe não apenas a extensão da [obrigação] de segredo e o seu prazo de duração, mas também eventuais

reside na indemnização pelos danos causados ao lesado, não havendo garantias da efetiva celebração do contrato, dificilmente a parte lesada poderá obter indemnização pelos prejuízos, o que leva as partes à inclusão de cláusulas penais.

⁸⁴O *lock-out agreement* consiste assim na estipulação de uma obrigação de prestação de facto negativo, não desenvolver negociações paralelas. *Vide* LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., p. 782.

⁸⁵ Sobre o conceito de informação de domínio público e informação confidencial, assim como a vinculação jurídica do *confidentiality agreement*, *vide* CHRISTOU, RICHARD, ob. cit., pp. 473-520.

possibilidades de utilização futura da informação, bem como outros aspetos relativos à forma como decorrerão as negociações.”⁸⁶.

b) *Agreement with open terms* (Acordo parcial)

O *agreement with open terms* é o acordo celebrado no decurso das negociações, pela qual as partes fixam os pontos da negociação sobre os quais elas estão, até ao momento, de acordo. No mesmo acordo, as partes obrigam-se a continuar as negociações, de boa fé, quanto aos pontos deixados em aberto. Como refere Filipe de Albuquerque Matos “estes acordos além de parciais, revestem ainda uma outra característica fundamental: a imodificabilidade do seu conteúdo.”⁸⁷. Perante as cláusulas já acordadas, as partes são obrigadas a executá-las nos termos acordados, mesmo que não haja consenso sobre os pontos deixados em aberto. No entendimento de Inocêncio Galvão Telles⁸⁸ “... pontos parciais sobre que chegaram a entendimento não significa cessação das negociações, que têm de prosseguir com vista à obtenção de um consenso global, como não significa também a garantia deste consenso global, que poderá frustrar-se. Trata-se de meros acordos parciais e provisórios, que será obrigatório respeitar, como elementos integrantes do contrato, se este se ultimar, mas que caducam na hipóteses inversa.”.

Da leitura do artigo 232º, constata-se a recusa da teoria da formação progressiva do contrato, que determina que o contrato não se forma num único momento temporal, mas vai-se formando progressivamente, na medida em que vai havendo consenso, e acordos, entre as partes sobre determinados pontos. Deste modo, questiona-se como se compatibiliza o *agreement with open terms* com o artigo 232º. Para apurar da relevância de *agreement with open terms* será necessário interpretar a vontade das partes e determinar o carácter essencial ou não, em relação ao contrato final, das cláusulas sobre as quais já há acordo e das cláusulas em aberto⁸⁹. Apurando que o acordo não incide sobre todas as cláusulas consideradas essenciais pelas partes, não estamos perante um

⁸⁶ LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., p.781.

⁸⁷ MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 352.

⁸⁸ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 206.

⁸⁹ SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 601.

contrato mas sim perante um *agreement to negotiate*, com o consequente reforço do dever de negociar de boa fé. No entendimento de Mariana Fontes da Costa recusa-se a formação progressiva do contrato uma vez que “..., o que se prolonga no tempo é a preparação do conteúdo contratual e não a conclusão do contrato. Esta não se dá antes do momento em que a última das partes entende haver acordo quanto a todos os elementos para ela essenciais.”⁹⁰. Nestes termos, embora as partes acordem sobre pontos considerados essenciais para a formação do contrato, só quando esteja todos os pontos acordados entre as partes, e não sejam deixados “em aberto” para discussão nenhum ponto essencial, é que estaremos perante um contrato.

c) *Stop gap agreement* (Acordo instrumental de transição)

O *stop gap agreement* define-se por ser o acordo destinado a estabelecer um regime transitório, durante a negociação, que será substituído uma vez celebrado o contrato final. O acordo é em si definitivo, uma vez que o conteúdo do *stop gap agreement* não tem mais de ser negociado. Embora seja um acordo definitivo, é um acordo preliminar, pois é celebrado antes do termo das negociações e da celebração do contrato final.

O *stop gap agreement* pretende regular as relações entre as parte durante um período de tempo determinado e temporário, enquanto as negociações entre as partes prosseguem, como, por exemplo, o acordo quanto às despesas com a negociação. Não se trata, ou confunde, com o contrato final pois não consubstancia a regulamentação que virá a ser própria do contrato final⁹¹. A celebração deste acordo preliminar evita, no caso de rutura das negociações, uma possível aplicação das figuras legais da responsabilidade pré-contratual ou do enriquecimento sem causa⁹², que se aplicariam na falta de acordo entre as partes.

⁹⁰ COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 163.

⁹¹ Sobre o *stop gap agreement*, vide SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., pp. 596-597 e 603-604.

⁹² Instituto previsto nos artigos 473º e seguintes e pressupões a verificação cumulativa dos seguintes requisitos: a) necessário que haja um enriquecimento, b) o enriquecimento careça de causa justificativa e c) que o enriquecimento tenha sido obtido à custa de quem requerer a restituição.

d) *Ultimate agreement* (Contrato final)

O *ultimate agreement*⁹³ é uma modalidade das *letters of intent* que já consubstancia um verdadeiro e próprio acordo sobre todos os elementos essenciais do contrato, sendo constitutivo de um contrato final. Visto as partes irem confrontando e definindo, ao longo das negociações, os contornos contratuais pretendidos, ao celebrarem um *ultimate agreement*, o alcance e o grau de determinação que esta modalidade de acordo alcança, acerca-se muito ao encontro da vontade contratual das partes. Perante uma *letter of intent* em que é possível determinar com exatidão o seu conteúdo, estamos face a um acordo de ambas as partes quanto a todos os elementos essenciais.

Nestes termos, determina o artigo 232º que o contrato deve considerar-se celebrado. O que acontece é que o contrato é, erradamente, designado como *letter of intent* pelas partes. Muitas vezes, o que se apresenta externamente como uma *letter of intent* representa um contrato principal incompleto apto a produzir os seus efeitos próprios e não a simples obrigação de o celebrar ou de negociar de boa fé. Cabe ao intérprete interpretar a vontade das partes, qualificar juridicamente o documento, apurar se é expressa vontade de contratar ou não e, conseqüentemente, se estamos perante uma *letter of intent* ou um contrato final⁹⁴.

2.3. Figuras afins

No nosso ordenamento jurídico existem outras figuras jurídicas, como o contrato-promessa e o pacto de preferência⁹⁵, que apresentam algumas semelhanças

⁹³ Sobre a existência de um contrato no conteúdo das *letters of intent*, vide FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., pp. 1123-1125.

⁹⁴ Vide *infra* §3. Determinação do conteúdo dos acordos preliminares.

⁹⁵ Sobre o regime jurídico do contrato-promessa e do pacto de preferência, vide PRATA, ANA, “Os Contratos em Volta (da compra e venda)”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 355-382; TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 100-170; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 191-236 e CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, *Direito das Obrigações*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, pp.281-536

com os acordos preliminares mas são verdadeiros contratos. São “figuras próximas” pois têm em comum o facto de o momento da sua formação se inserir na fase de negociações de um contrato comercial. Estas figuras, referidas como contratos preparatórios ou preliminares⁹⁶, são contratos típicos, estando legalmente consagradas no nosso ordenamento jurídico. As partes, no decorrer das negociações, podem entender ser conveniente vincularem-se juridicamente através da celebração de contratos preliminares, cuja violação dá origem a responsabilidade contratual por incumprimento⁹⁷. Embora de natureza instrumental, são verdadeiros contratos, definindo-se como “...instrumentos jurídicos de natureza contratual destinados a preparar ou coadjuvar a celebração de um dado contrato mercantil...”⁹⁸. Têm como características serem autónomos, vinculativos e definitivos entre as partes. Enquanto os acordos preliminares são instrumentos jurídicos preparatórios de natureza não contratual, estas figuras jurídicas possuem natureza contratual.

Embora os contratos preliminares apresentem alguma similitude com os acordos preliminares, não podemos deixar de atender às diferenças que os distinguem destes⁹⁹.

O contrato-promessa, regulado nos artigos 410º e seguintes, e o pacto de preferência, regulado no artigo 414º, são contratos preliminares, aqueles “contratos cuja execução pressupõe a celebração de outros contratos”¹⁰⁰, posto que se verifica que no primeiro se assume a obrigação de celebrar um contrato futuro e no segundo se assume a obrigação de dar preferência a outrem na celebração de um contrato futuro, assumindo as partes vinculações contratuais.

As partes, ao celebrarem um contrato-promessa, ficam vinculadas a celebrarem no futuro um contrato definitivo, sendo que, se não o fizerem são contratualmente responsáveis pelo incumprimento da obrigação que assumiram. As partes perderam a sua liberdade jurídica de celebração, de escolha do co-contraente e de fixação do conteúdo do contrato. Diferentemente, se estivermos perante um acordo preliminar as

⁹⁶ Não tendo como objetivo ser exaustivos, lembramos que a lei consagra ainda como acordos intermédios legalmente nominados, a convenção sobre a forma a adotar para o contrato definitivo, artigo 223º, a convenção sobre o valor jurídico negocial do silêncio, artigo 218º, e a convenção sobre o prazo de subsistência das propostas, artigo 218º, nº1, alínea a).

⁹⁷ Nos termos gerais dos artigos 798º e seguintes.

⁹⁸ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, ob. cit., p. 103.

⁹⁹ Tendo em consideração o objetivo da dissertação, apenas indicaremos os traços distintivos das figuras face ao objeto da presente dissertação.

¹⁰⁰ LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., p. 191.

partes conservam a sua liberdade jurídica de contratar¹⁰¹. Quando o contrato-promessa é celebrado, este irá ser uma reprodução do conteúdo contratual que o contrato definitivo irá conter uma vez que em matéria de objeto de negociação, prazos, condições de pagamento, entre outros, deve permanecer inalterado. Se forem introduzidas alterações já estaremos perante um novo acordo contratual. Perante a conclusão de um contrato-promessa as partes perdem liberdade mas adquirem vantagens do ponto de vista da segurança jurídica¹⁰².

Na celebração do pacto de preferência apenas resultam obrigações para uma das partes, o obrigado à preferência, uma vez que o preferente mantém a sua liberdade de escolha entre celebrar ou não celebrar, no futuro, o negócio objeto de preferência. Em sentido oposto do contrato-promessa, na celebração do pacto de preferência apenas se perde a liberdade de escolha do co-contratante, todos os demais elementos do conteúdo contratual podem ser acordados ou alterados no futuro.

Nestes contratos preliminares, embora a sua natureza preparatória, já existem verdadeiras vinculações contratuais. Face às diversas modalidades que os acordos preliminares podem abarcar, cabe sempre averiguar se estamos perante acordos preliminares ou contratos preparatórios através de uma tarefa de interpretação da vontade negocial das partes. Na circunstância de as partes formarem contratos preliminares, não devem estes ser qualificados como *letters of intent*, uma vez que a sua inserção na fase negocial não impede que sejam categorizados como contratos¹⁰³.

¹⁰¹ Vide MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 347.

¹⁰² Uma vez que, perante uma situação de incumprimento do contrato definitivo, o contratante incumpridor ficará sujeito ao regime sancionatório do artigo 442º ou de execução específica, previsto no artigo 830º, sendo-lhe aplicado subsidiariamente o regime geral de incumprimento contratual.

¹⁰³ Neste sentido LEITÃO, LUÍS MENEZES, “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 779.

§3. Determinação dos acordos preliminares

Durante o período negocial, as partes trocam informações e compõem acordos e contratos preliminares, procurando dar forma ao contrato final. Perante a complexa teia de negociações, é difícil determinar quando, e se, um contrato final está fechado. Um dos problemas suscitados nesta fase consiste em saber, precisamente, se estamos perante uma área meramente pré-contratual ou se já estamos perante uma vinculação contratual¹⁰⁴. A solução consiste na interpretação das declarações emitidas pelas partes que permitam aferir da natureza vinculativa ou não dos acordos alcançados¹⁰⁵.

Perante a realidade de que as partes têm de ser capazes de organizar, influenciar e gerir o processo negocial com vista a chegarem a um acordo rentável para a defesa dos seus interesses, a linguagem utilizada por estas, de modo a que não se comprometam para lá dos seus interesses, é na maioria dos casos ambígua e sem expressamente clarificarem qual a sua real intenção¹⁰⁶. Acresce que as partes, na qualificação dos documentos por si pactuados, nem sempre utilizam os termos adequados à natureza jurídica do documento em questão, qualificando erradamente acordos como pré-contratuais, quando estes contêm vinculações que se consubstanciam em contratos, do mesmo modo que qualificam como contratos ou contratos-promessa acordos preliminares. É sabido que a designação dada aos documentos pelas partes não vincula o intérprete, o tribunal em caso de litígio, no processo de qualificação do acordo, mas “o *nomen iuris* atribuído pelos próprios autores deve ser tomado em consideração e diz muito sobre as respetivas vontades quanto ao contrato que celebraram, seja no que respeita ao conteúdo da regulamentação, ao tipo de vínculo ou à forma.”¹⁰⁷.

Cumpre ao intérprete determinar qual o conteúdo de um determinado acordo, apurando quais os que possuem relevância pré-contratual e os que possuem relevância contratual.

¹⁰⁴ MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pp. 309-345.

¹⁰⁵ Como refere E. Santos Júnior, ob. cit., p. 590, “A determinação de que uma carta de intenção não consubstancia ou consubstancia – apesar do nome – um contrato final é um problema de interpretação e qualificação.”

¹⁰⁶ Como refere Filipe de Albuquerque Matos, ob. cit., p. 243, “Às naturais limitações na divulgação e expressão do pensamento, acrescem ainda algumas contingências características desta fase das negociações contratuais. Com efeito, as partes nem sempre expressam corretamente a sua vontade.”

¹⁰⁷ Assim pensa Luís Vasconcelos Abreu, “Algumas Considerações sobre os Preâmbulos dos Contratos”, AA. VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 920.

A determinação do conteúdo dos acordos celebrados pelas partes mostra-se de máxima importância de modo a determinar o momento da conclusão de um contrato. A partir do momento da conclusão do contrato, as partes ficam vinculadas aos seus termos e nada mais existe para negociar, para propor ou contrapor. É importante, e difícil, a tarefa do intérprete de determinar a partir de que momento as partes se consideram vinculadas a um contrato e conseqüentemente perderam a sua liberdade de contratar. A lei portuguesa não impõe qualquer limite à liberdade que as partes em negociação têm para colocar sobre a mesa outras matérias, para acrescentarem ou retirarem cláusulas ao conteúdo do acordo ou para alterarem o seu conteúdo. De acordo o artigo 232º, o contrato não fica concluído até ao momento em que as partes tenham concordado em todas as cláusulas sobre as quais quaisquer delas tenha julgado necessário o acordo. Equivale dizer que enquanto permanecerem cláusulas sobre as quais as partes julguem necessário acordo, e que este ainda não foi alcançado, o processo de negociação não está concluído e ainda não estamos perante contrato definitivo. Como refere Carlos Ferreira de Almeida “nem todo o acordo é um contrato”¹⁰⁸, sendo necessário, para aferir a natureza vinculativa dos acordos preliminares, apurar a completude do objeto e a intenção negocial das partes.

Para a determinação do conteúdo dos acordos é necessário ter em atenção na tarefa interpretativa “os termos do próprio negócio, os interesses em jogo, a finalidade prosseguida pelas partes, as negociações prévias, as relações negociais existentes entre as partes antes da celebração do contrato, os hábitos do declarante e a conduta posterior das partes.”¹⁰⁹. Almeida Costa¹¹⁰ considera “ser necessário proceder a uma apreciação casuística das situações, socorrendo-se o julgador de todos os elementos disponíveis e para o efeito relevantes, como a duração e o adiamento das negociações, a natureza e o objeto do negócio, os valores nele envolvidos, a qualidade dos contraentes e a sua conduta.”. Criticando esta posição, Filipe Barata considera que este não pode ser o caminho uma vez que, se assim fosse, cairíamos no risco do “casuismo desorganizado”¹¹¹.

¹⁰⁸ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, Vol. I, *Conceito, Fontes, Formação*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 33.

¹⁰⁹ FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., p. 1120-1121.

¹¹⁰ COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Responsabilidades Civil pela Rutura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, p. 57.

¹¹¹ BARATA, FILIPE SANTOS, ob. cit., p. 50.

Na tarefa que cabe ao intérprete, este terá de apurar qual o sentido que as partes pretenderam atribuir aos acordos.

O ordenamento jurídico português, consagra no artigo 236º um critério essencialmente objetivista de interpretação dos negócios jurídicos. João Calvão da Silva¹¹² considera que na tarefa interpretativa de apurar se um acordo consubstancia um acordo preliminar ou um verdadeiro contrato é necessário partir da teoria da impressão do destinatário consagrada no artigo 236º¹¹³. Filipe Barata¹¹⁴ é da mesma opinião, defendendo ser necessário “recorrer ao artigo 236º, ou seja, tendo em conta o projeto negocial das partes procura-se averiguar, de acordo com o padrão do declaratório normal quais os pontos ou elementos reputados essenciais pelos contraentes para o contrato se considerar concluído.”. Concluída a tarefa interpretativa, comparar-se-á o projeto negocial das partes com o conteúdo do acordo preliminar por elas concluído, permitindo apurar se o acordo preliminar se encontra ou não já completo, podendo ou não as partes encontrarem-se nesse momento vinculadas. Diferentemente, E. Santos Júnior¹¹⁵ considera que a interpretação que deverá ser realizada é uma interpretação preliminar ou pré-interpretação. Na sua opinião, visto não estarmos perante um contrato, não há vinculação à normal legal consagrada no artigo 236º que impõe uma interpretação segundo um critério objetivista. O intérprete pode, e deve, adotar um critério subjetivista, “no sentido de apurar qual é a intenção das partes, ou seja, saber-se houve ou não intenção de se vincularem ou não num contrato definitivo.”¹¹⁶. Após estar apurada a intenção das partes, a qualificação decorrente é uma qualificação preliminar. Apenas depois, mas já baseada numa interpretação definitiva é que uma qualificação, definitiva, permitirá, por fim, determinar que tipo de acordo preliminar ou que tipo de contrato se trata.

Na estrutura dos acordos preliminares, as partes, manifestando o propósito de não se vincularem àqueles acordos alcançados, costumam introduzir cláusulas como “*subject to contract*”, “*not binding final agreement is executed*” ou “*without obligation*”

¹¹² SILVA, JOÃO CALVÃO, ob. cit., p. 42 e ss..

¹¹³ O Autor, no parecer em causa, recorreu à teoria em questão para apurar se o *heads of agreement* firmado pelas partes consubstanciava ou não um contrato final.

¹¹⁴ BARATA, FILIPE SANTOS, ob. cit., pp. 50 e ss, em concreto, p. 52.

¹¹⁵ SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 590.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 590.

impedem a atribuição de natureza contratual aos acordos preliminares, mesmo que já estejamos perante um contrato completo¹¹⁷.

A determinação do conteúdo dos acordos preliminares possui uma grande relevância prática uma vez que concluir pela natureza contratual ou pré-contratual dos acordos irá determinar se a responsabilidade que derivar da sua violação só poderá ser baseada nos termos da *culpa in contrahendo*, artigo 227º, ou se já estamos perante uma vinculação das partes na fase negocial, podendo estar perante um contrato-promessa, sendo passível de aplicação o mecanismo da execução específica, consagrado no artigo 830º, ou perante um contrato, com a consequente vinculação definitiva¹¹⁸.

¹¹⁷ No entendimento de Maria Raquel Rei, ob. cit., p. 27, nota 84, estas cláusulas que por vezes compõe o conteúdo das *letters of intent*, pelas quais as partes não pretendem desencadear qualquer efeito jurídico, devem ser entendidas como meros factos jurídicos pré-negociais. Perante este entendimento surge a questão de estarmos perante duas afirmações contraditórias, por um lado perante uma declaração negocial e por outro lado perante uma “contra-declaração”. Segundo a Autora, a questão deverá solucionar-se através da interpretação da declaração, “atribuindo ou negando eficácia jurídica de acordo com o maior peso relativo de cada um dos termos da conduta comunicativa”.

¹¹⁸ O princípio da vinculatividade, o qual as partes devem respeitar após a celebração do contrato, dita que as partes ficam vinculadas a este, sendo que só por acordo se podem distratar, não tempo uma parte unilateralmente a capacidade de por si só se desvincular. Se o fizer, o incumprimento do contrato acarreta responsabilidade contratual da parte faltosa.

§4. Valor jurídico dos acordos preliminares

O ordenamento jurídico português consagra legalmente no artigo 227º a teoria da *culpa in contrahendo*¹¹⁹, o qual estabelece que o princípio da boa fé deve nortear a atuação das partes tanto na formação do contrato, como nos seus preliminares, sob pena de responsabilidade pré-contratual pela rutura das negociações preparatórias do contrato¹²⁰. Nas negociações do contrato, as partes continuam a ter liberdade de livremente interromperem tais negociações encetadas, todavia, à medida que as negociações avançam, criando uma base de confiança razoável entre as partes de que o contrato irá ser concretizado, gera-se o dever, pela parte incumpridora, de indemnizar a outra parte se não houver justificação para a rutura das negociações. Assim, a ordem jurídica portuguesa pretende conciliar na fase pré-contratual a liberdade negocial com a confiança depositada na possível celebração do contrato (dois interesses jurídicos essenciais para a contratação)¹²¹.

O ordenamento jurídico de *Civil Law*, o qual compreende o sistema português, reconhece o dever de boa fé nas negociações preliminares de um contrato, estando assim as partes protegidas se as negociações entre elas não prosseguirem e houver uma rutura injustificada das mesmas. Deste modo, mesmo não tendo as partes celebrado qualquer acordo preliminar, estão protegidas pelo enquadramento jurídico no qual as negociações decorrem. Questiona-se, assim, qual a relevância jurídica da celebração dos acordos preliminares, estabelecendo um dever de negociar de boa fé, se o mesmo já resulta da lei¹²². Surge assim o problema de determinar o valor jurídico das *letters of intent*.

¹¹⁹ A construção da teoria da *culpa in contrahendo* deveu-se a Jhering, num estudo de 1861, onde analisou três situações típicas em que pode ocorrer responsabilidade pré-contratual, sendo uma delas a interrupção ou rutura das negociações, impedindo a efetiva celebração do contrato, por violação do dever de lealdade de uma das partes para com a outra.

¹²⁰ Sobre a responsabilidade civil pela rutura das negociações do contrato, vide COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, ob. cit., onde o Autor anota o Acórdão de 5 de Fevereiro de 1981, do Supremo Tribunal de Justiça, que terá sido uma das primeiras decisões jurisprudenciais portuguesas que se debruçaram sobre raturas de negociações de um contrato.

¹²¹ Para afêrção do equilíbrio entre o interesse da liberdade contratual e o interesse da proteção da confiança, vide PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Separata do volume XIV do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, 1963.

¹²² Sobre este ponto, vide SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., p. 598.

Não resultando das *letters of intent* a assunção de obrigações em sentido próprio, poder-se-ia argumentar que estas não possuem relevância jurídica¹²³. Porém, não partilhamos dessa opinião.

Como analisámos *supra*, o conteúdo dos acordos preliminares é demasiado heterogéneo para permitir defender a igual relevância jurídica de todas as *letters of intent*. Embora o espectro das mesmas se inicie em meros apontamentos das reuniões entre as partes e possa terminar em *ultimate agreements*, defendemos que todas elas concretizam e determinam a verificação e eficácia do princípio da boa fé durante as negociações. Bernardo Teixeira de Abreu¹²⁴ defende que “...tais acordos terão sempre de ter efeitos jurídicos, na medida que é esse o propósito destes acordos.” e “ainda que as partes estabeleçam por acordo que não haja, durante determinada fase das negociações, qualquer obrigação de celebrar o contrato principal, essa declaração produz efeitos jurídicos, ainda que negativos ou extintivos.”. Acompanhamos a posição apresentada no sentido de que a celebração de acordos preliminares terá como necessária consequência a produção de deveres pré-contratuais. Pelo exposto¹²⁵, e como podemos constatar pela análise do *lock-out agreement* e do *confidentiality agreement*, a maior parte dos acordos preliminares ou tem carácter vinculativo, ou possuem cláusulas vinculativas, sendo que as obrigações daí provenientes são sobretudo de conteúdo negativo, dado que vedam às partes certos comportamentos lesivos, tratando-se sobretudo de deveres de *non facere* e de deveres de boa fé.

Os acordos preliminares têm relevância jurídica própria¹²⁶. Por serem fruto da autonomia privada das partes, os acordos preliminares dão maior segurança às partes no período negocial, assim como intensificam e concretizam os deveres de negociação segundo a boa fé¹²⁷. Entendemos que, face à proximidade que as *letters of intent* assumem das *letters of comfort*, para apurar da relevância jurídica, em maior ou menor grau daquelas, poderá ser feito uma paralelismo com a relevância que as *letters of*

¹²³ *Ibidem*, p. 599.

¹²⁴ ABREU, BERNARDO TEIXEIRA DE, ob. cit., p. 14. Sobre a caracterização e análise do tema, *vide ibidem* pp. 7-16. No mesmo sentido veja-se também CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 497 e ss..

¹²⁵ ABREU, BERNARDO TEIXEIRA DE, ob. cit., p. 14.

¹²⁶ Embora, quando existe a celebração de um contrato final, os acordos preliminares celebrados sejam absorvidos por aquele, situando-se a sua relevância no âmbito da interpretação do contrato final.

¹²⁷ Sobre as funções desempenhadas pelos acordos preliminares, *vide infra*.

comfort, de conforto forte, médio ou fraco, assumem consoante o compromisso e a obrigação assumida no seu conteúdo seja mais ou menos vinculante, respetivamente¹²⁸.

Entre nós, a doutrina tem-se pronunciado em sentido divergente sobre a vinculação dos acordos preliminares. António Menezes Cordeiro¹²⁹ defende que as *letters of intent* obrigam quem as celebrou a prosseguir as negociações consoante o conteúdo das mesmas. Segundo o Autor, o incumprimento do vinculado nas *letters of intent* abre a possibilidade de execução específica das mesmas se estivermos perante uma *letter of intent* tão precisa que consubstancie um contrato final, entendendo que, se tal não acontecer, aplicar-se-á a indemnização compensatória. Luís Menezes Leitão¹³⁰ e João Calvão da Silva¹³¹ não admitem a possibilidade de execução específica das *letters of intent*. O instituto da execução específica pressupõe a existência de um contrato-promessa, sendo que as *letters of intent* não impõem a obrigatoriedade de celebração de contrato final, não consubstanciando um contrato-promessa. Assim, a obrigação de prosseguir negociações prevista nas *letters of intent* implica apenas, na opinião de tais Autores, a aplicação da responsabilidade pré-contratual, consagrada no artigo 227º.

No ordenamento jurídico português, existe a tutela das expetativas das partes que se criam ao longo do processo negocial, desempenhando o princípio da boa fé um papel fundamental mesmo na fase negocial do processo de aquisição de empresas. Pelo facto do artigo 227º ser uma cláusula geral¹³², existe sempre uma margem de apreciação do caso concreto que é dada ao intérprete. Para se apurar se houve ou não violação do princípio da boa fé, é necessário determinar se existe ou não um dever jurídico e se no caso concreto foi ou não violado. Assim, à face do direito português poderá haver responsabilidade civil pela violação de deveres pré-contratuais decorrentes da boa fé¹³³.

¹²⁸ Sobre a relevância e natureza das *letters of comfort*, vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 778-781.

¹²⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 572.

¹³⁰ LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., p. 62.

¹³¹ SILVA, JOÃO CALVÃO, ob. cit., p. 66.

¹³² O legislador não indicou no 227º quais os deveres pré-contratuais de conduta cuja violação dá origem ao dever de reparar danos causados a outrem, confiando-se assim aos tribunais, em caso de conflito, a determinação em concreto daqueles deveres.

¹³³ Quanto à sanção pela violação de deveres pré-contratuais, existe também divergência na doutrina, sendo que poderá ser reconduzida unicamente na obrigação de indemnizar, e não na resolução do contrato, reparação ou substituição da coisa, pois estas medidas revelam-se inadequadas à realidade de aquisição de empresas, ou haver lugar à execução específica do contrato que se pretenderia celebrar. Vide *infra* §4. Valor jurídico dos acordos preliminares.

Podemos assinalar como deveres de conduta decorrentes do princípio da boa fé, deveres de proteção, deveres de informação e deveres de lealdade¹³⁴. Em caso de violação de algum destes deveres, mostra-se controverso na doutrina a forma de cálculo da obrigação de indemnizar. A doutrina maioritária e a jurisprudência apontam como sanção para o incumprimento o ressarcimento do prejuízo proveniente das despesas suportadas pela parte lesada nas negociações, que vieram a revelar-se desnecessárias, assim como o ressarcimento pela perda de oportunidades de negociar com terceiros. Por contraposição, segundo a mesma doutrina, não será ressarcido o prejuízo resultante da não celebração do contrato¹³⁵.

Diferentemente acontece no direito de *Common Law*. Perante o direito inglês só há lugar a responsabilidade se houver um contrato validamente celebrado entre as partes e estas o incumprirem¹³⁶. Apenas recentemente se reconheceu natureza jurídica a certos acordos preliminares, como o *lock-out agreement* ou o *agreement to negotiate*, se cumpridos certos requisitos. Por sua vez, no direito norte-americano, já se assiste a um certo acolhimento pela jurisprudência do princípio da boa fé¹³⁷, na fase negocial, que tem efetiva consagração, na hipótese de incumprimento de um contrato já celebrado, no *Uniform Commercial Code* americano, de 1978^{138/139}.

¹³⁴ Sobre o entendimento destes deveres, veja-se DIAMVIATU, LINO, “A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais”, *ROA*, Vol. II, Ano 71, 2011, pp. 517 e ss..

¹³⁵ Defendendo esta posição, e defendendo o ressarcimento do interesse contratual negativo, vide COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009 e VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010. Porém, alguma doutrina tem vindo a admitir o ressarcimento do interesse contratual positivo, com o argumento de que este constitui um dano causado pela atuação em contrariedade à boa fé, e que, consequentemente, todos os danos devem ser indemnizados, vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, ob. cit.. Sobre a divergência na doutrina vide FERNANDES, LUÍS CARVALHO; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (Coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, AA. VV., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, “Artigo 227º”, comentado por TRIGO, MARIA DA GRAÇA, p. 514.

¹³⁶ Conclui-se que existe uma proteção menor no direito inglês, em comparação com o ordenamento jurídico português, na fase preliminar dos negócios, devido a fatores jurídicos e sociais. Como defende Dário Moura Vicente, ob. cit., a divergência de regimes parece ser um obstáculo à unificação do direito de formação dos contratos. Os entendimentos fundamentalmente diversos acerca da posição relativa das partes nos preliminares do contrato e na sua formação, parece constituir um obstáculo intransponível à unificação do direito civil neste domínio. Embora tradicionalmente no direito inglês haja por parte dos tribunais receios em introduzir o conceito de “boa fé” na formação dos contratos, numa decisão jurisprudencial, *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited (2014)*, o *High Court*, decidiu que em certas circunstâncias, um acordo de negociação poderia ser válido, assim como o acordo poderia incluir uma cláusula que indicasse que as partes deveriam negociar “*in good faith*” (com respeito pela boa fé).

¹³⁷ No direito norte-americano poderá haver responsabilidade pré-contratual com base em figuras como a “*misrepresentation*” ou a “*promissory estoppel*”. Sobre o tema, vide SANTOS JÚNIOR, E., ob. cit., pp. 583 e ss..

¹³⁸ Sobre o *Uniform Commercial Code*, vide KNAPP, CHARLES L., “Enforcing the Contract to Bargain”, *New York University Law Review*, 673, 1969, pp. 678 e ss..

Por conseguinte, contratualmente, através dos acordos preliminares, as partes podem voluntariamente assumir obrigações na fase preliminar, cujo incumprimento poderá originar a responsabilidade por danos causados nas negociações.

Pelo exposto concluímos que nos ordenamentos jurídicos de *Civil Law*, onde se incluí o regime português, as partes, mesmo no processo de negociação, na celebração de acordos preliminares devem atuar e comportar-se segundo o princípio da boa fé, não valendo sem restrições o princípio da liberdade contratual, sob consequência de serem responsabilizadas e terem de indemnizar a parte contrária pelos danos sofridos. Por sua vez, nos sistemas de *Common Law* vigora ainda sem freios a *freedom of contract* sendo que no ordenamento jurídico inglês, ou as partes estão vinculadas por um contrato, ou a nada se encontram vinculadas (*all or nothing*). Assim, não haverá lugar a qualquer responsabilidade se não estivermos perante um contrato válido¹⁴⁰.

No ordenamento jurídico de *Common Law*¹⁴¹, uma vez que o mesmo, tradicionalmente, não consagra a obrigação de negociar de boa fé, não consagra igualmente o instituto da responsabilidade pré-contratual por violação do princípio da boa fé, cabe às partes tutelarem o período negocial, tendo a doutrina e jurisprudência vindo a pronunciar-se sobre a natureza contratual das *letters of intent*, em especial do *agreement to negotiate*.

Tradicionalmente não era reconhecida força vinculativa a estes acordos preliminares, sendo que atualmente tanto o ordenamento jurídico norte-americano como o inglês reconhecem estas figuras como mercedores de tutela jurídica.

No ordenamento jurídico norte-americano, no caso paradigmático *Itek Corporation v. Chicago Aerial Industries*, o tribunal entendeu que da *letter of intent* “resultava um contrato de negociação, pelo que as partes se vinculavam a enviar os

¹³⁹ Sobre os “*preliminary agreements*” no direito norte-americano vide SCHWARTZ, ALAN e ROBERT, E. SCOTT, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, Janeiro 2007, n° 3, pp. 661- 707.

¹⁴⁰ Veja-se o caso jurisprudencial *Walford v. Miles*, em que a jurisprudência inglesa rejeitou expressamente a existência no direito inglês do princípio da boa fé nas negociações, afirmando a liberdade das partes romperem as negociações a todo o tempo e sem qualquer motivo justificativo, sem sujeição a indemnizarem a parte contrária pela rutura das negociações. Sobre o tema, vide ASÚA, CLARA I. , “Negotiating in good faith and the agreement to negotiate (with reference to the decision of the House of Lords in the case of *Walford v Miles*)”, *European Revue of Private Law*, Vol. 2, n° 2, 1994, pp. 274 e ss,

¹⁴¹ Sobre o contexto jurídico dos acordos preliminares, em especial as diferenças entre o regime de *Common Law* e de *Civil Law*, vide TENE, OMER, *Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*.

seus melhores esforços e a negociar de boa fé, no sentido de vir a concluir o contrato final.”¹⁴². Assim, o sentido da jurisprudência norte-americana é o de reconhecer força vinculativa ao *agreement to negotiate*.

No entanto, a jurisprudência inglesa, tradicionalmente vinha em sentido distinto, sendo isso ilustrado pelo que na decisão no caso *Walford v. Miles*, Lord Ackner escreveu: “*A duty to negotiate in good faith is a unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a “proper reason” to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content.*”. Deste modo, seria incompatível o dever de prosseguir negociações com a natureza própria do período negocial e os interesses de ambas as partes envolvidas. Nos dias de hoje, estamos a assistir à viragem na jurisprudência inglesa no sentido de virem a ser introduzidos os conceitos de “*agreement to negotiate*” e “*good faith*”. Uma das razões a que se poderá ligar a este facto é a ideia de internacionalização da formação dos contratos, e da exigência do comércio internacional da maior harmonização possível, face às contingências de regimes jurídicos. Assim no caso *Emirantes Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited (2014)*, Justice Teare determinou que o *agreement* celebrado entre as partes era vinculativo, obrigando as partes ao seu cumprimento, justificando a sua posição do seguinte modo, “*The agreement is not incomplete; no term is missing. Nor is it uncertain; an obligation to seek to resolve a dispute by friendly discussions in good faith has an identifiable standard, namely, fair, honest and genuine discussions aimed at resolving a dispute. Difficulty of proving a breach in some cases should not be confused with a suggestion that the clause lacks certainty. In the context of a dispute resolution clause pursuant to which the parties have voluntarily accepted a restriction upon their freedom not to negotiate it is not appropriate to suggest that the obligation is inconsistent with the position of a negotiating party. Enforcement of such an agreement when found as a part of a dispute resolution clause is in the public interest, first, because commercial men expect the court to enforce obligations which they have freely undertaken and, second, because the*

¹⁴²COSTA, MARIANA FONTES DA, ob. cit., p. 118.

object of the agreement is to avoid what might otherwise be an expensive and time consuming arbitration.”.

Pelo exposto, somos a concluir que a generalidade da doutrina e da jurisprudência entende que a ruptura de negociações, que viole acordo preliminar celebrado pelas partes, ou resulte em violação do princípio da boa fé, frustrando a confiança que foi gerada no decurso das negociações entre elas, dá origem a responsabilidade pré-contratual.

§5. Funções dos acordos preliminares

Os acordos preliminares, ao fazerem parte da prática quotidiana dos negócios, assumem a função de tornar a futura celebração do negócio final mais séria e mais firme¹⁴³, mas assumem também funções mais complexas¹⁴⁴. Por serem acordos celebrados ao abrigo da autonomia das partes, as funções que os acordos preliminares poderão desempenhar no processo de aquisição de empresas, dependem das cláusulas que as partes acordam em inserir nestes documentos, tendo em vista dar resposta às suas necessidades na negociação.

Assim, os acordos preliminares podem conter certas cláusulas que as partes devem cumprir como, por exemplo, exclusividade das negociações do vendedor para com o comprador, a confidencialidade da informação que o comprador recebe, a não publicidade da compra sem o consentimento da outra parte, o quando e o como dos temas a serem negociados, fórmulas de determinação do preço da empresa *target*, a realização de procedimentos de *due diligences*, a duração dos mesmos ou a data em que a transação ficará concluída¹⁴⁵. Estas cláusulas, entre outras que os acordos preliminares podem registar, estabelecem um quadro negocial comum entre as partes que permite um incremento de confiança e um incentivo à cooperação entre ambas e conferem estabilidade às negociações.

Através dos acordos preliminares, sem a necessidade de as negociações serem vinculantes, as partes podem sondar a possibilidade de uma futura transação entre ambas, e podem criar uma obrigação moral que as incentiva a sentirem-se comprometidas quanto às cláusulas da negociação escritas.

¹⁴³ Sendo os acordos preliminares celebrados em negociações complexas, celebrando-se o contrato através de negociação continuada ou progressiva, defendemos que, embora tal seja uma sua função essencial, não se destinam unicamente a cristalizar o estado das negociações em determinado momento. Assumindo posição contrária LEITÃO, LUÍS MENEZES, ob. cit., p. 53, para quem a função das cartas de intenções é a de “...cristalizar o estado das negociações em determinado momento.” Acompanhamos a posição de FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, ob. cit., p. 1107, nota de rodapé 13, ao defender que a “aparentemente redutora da finalidade das cartas de intenções, não se coaduna com a complexidade das obrigações que as partes podem assumir entre si na fase pré-contratual, através da adoção destes documentos e com as implicações que as mesmas têm na conformação da relação entre as parte.”

¹⁴⁴ Os acordos preliminares, podem contemplar técnicas de limitação do risco da transação para as partes envolvidas, nomeadamente com obrigações juridicamente vinculantes e a previsibilidade de certas condições se, verificadas, põe termo à negociação.

¹⁴⁵ João Calvão da Silva, ob. cit., p. 62, distingue entre cláusulas relativas à organização da própria negociação e as cláusulas relativas ao conteúdo do contrato definitivo.

Quando decorre um negócio complexo este pode implicar que sejam reduzidas a escrito as expectativas do comprador e do vendedor para dar segurança e viabilidade ao negócio principal, como sendo, para conseguir financiamento para o negócio ou para cumprir fatores externos à negociação, *v.g.*, a necessidade de autorização da Autoridade da Concorrência ou autorizações de entidades reguladoras de determinadas atividades.

A formalização das negociações permite às partes assumir um compromisso mais sério, transmitindo segurança jurídica, através do valor probatório inerente aos acordos preliminares. O valor probatório, traduzido na força e significado jurídico dos acordos preliminares, permite um auxílio à interpretação do sentido da evolução das negociações. O interesse da redução a escrito das vontades das partes reflete-se igualmente nos efeitos práticos inerentes à prova que se produz e que permite tutelar o direito que se prossegue¹⁴⁶.

Mariana Fontes da Costa¹⁴⁷ defende que aferindo as finalidades prosseguidas pelos acordos preliminares se poderão identificar cinco funções essenciais: registo das negociações, declaração de seriedade, planeamento do processo negocial, preparação faseada do contrato e antecipação de cumprimento.

Por sua vez, Patrícia Afonso Fonseca¹⁴⁸ reconduz as funções desempenhadas pelos acordos preliminares à regulação das relações entre as partes, concretização da boa fé objetiva e interpretação do contrato.

Assim, os acordos preliminares podem conter funções tão diversas quanto o conteúdo que abrangem, desde simples funções de informação à outra parte da intenção

¹⁴⁶ Sobre a formalização das negociações *vide* MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 340-342. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 428-430, sobre a forma da declaração negocial, indica como “vantagens principais do formalismo negocial que este: assegura uma mais elevada dose de reflexão das partes (nos negócios formais, o tempo, que medeia entre a decisão de concluir o negócio e a sua celebração, permite repensar o negócio e defende as partes contra a sua ligeireza ou precipitação – dá-lhes oportunidade de medirem a importância e os riscos do ato, no mesmo sentido concorre a própria solenidade do formalismo; separa os termos definitivos do negócio da fase pré-contratual (negociação); permite uma formulação mais precisa e completa da vontade das partes; proporciona um mais elevado grau de certeza sobre a celebração do negócio e os seus termos, evitando-se os perigos ligados à falível prova por testemunhas; possibilita uma certa publicidade do acto, o que interessa ao esclarecimento de terceiros. Estas vantagens pagam-se, porém, pelo preço de dois inconvenientes principais: redução da fluência e celeridade do comércio jurídico; eventuais injustiças, derivadas de uma desvinculação posterior de uma parte do negócio, com fundamento em nulidade por vício de forma, apesar de essa parte ter querido efetivamente o acto jurídico negocial.”

¹⁴⁷ COSTA, MARIANA FONTES DA, *ob. cit.*, pp. 94 e ss.

¹⁴⁸ FONSECA, PATRÍCIA AFONSO, *ob. cit.*, pp. 1118-1121.

de iniciar negociações com essa parte até complexas funções como englobar, logo na fase de negociações, o contrato final¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sendo estes acordos preliminares interessantes à luz do nosso ordenamento jurídico uma vez que surge uma intersecção entre a fase negocial e a fase de cumprimento do negócio.

§6. Síntese Conclusiva

Estando a contratação comercial, incluindo a nacional, influenciada pela experiência anglo-saxónica, é comum assistir à cada vez maior utilização de termos e figuras jurídicas próprios dessa experiência. Os acordos preliminares, nomeadamente através das *letters of intent*, têm vindo a revelar-se um importante instrumento na disponibilidade das partes na fase das negociações. Embora apresentem similitudes com outras figuras presentes no nosso ordenamento jurídico, distanciam-se delas, uma vez que as partes nos acordos preliminares mantêm intacta a sua liberdade de vir ou não a celebrar o contrato final. É essa característica que os torna tão atrativos para a moderna contratação.

O valor jurídico destes acordos varia consoante o seu conteúdo, sendo necessário interpretar a vontade das partes e verificar se estas pretendem ou não vincular-se mediante os acordos celebrados.

Retomando as questões feitas inicialmente, sobre a relevância dos acordos preliminares à luz do nosso ordenamento jurídico, e possível “extensão” e “complexidade” dos mesmos, somos a concluir que a relevância das *letters of intent* no direito português deverá ser reconhecida. Enquanto as legislações nacionais não acompanharem a evolução e necessidade das partes no período prévio à formação do contrato, caberá à autonomia privada a sua regulamentação, o que originará um cada vez maior surgimento de figuras não consagradas legalmente e a padronização dos mesmos. Os criadores dos acordos preliminares devem estar atentos aos perigos inerentes a modelos estereotipados dos mesmos, adequando cada instrumento às necessidades das partes e alertando para implicações de tais vinculações. Os acordos normalmente tem como objetivo proporcionar maior segurança e distribuição do risco, mas poderão afetar positiva ou negativamente qualquer uma das partes. A *ars inveniendi* das partes deverá ser sempre pautada pela cautela.

Referências Bibliográficas

ABREU, BERNARDO TEIXEIRA DE - *Financiamento de Aquisição de Empresas*, policopiado, Universidade Católica Portuguesa, 2012.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE - *Curso de Direito Comercial*, Volume I, 7.^a edição, Coimbra, Almedina, 2009.

ABREU, LUÍS VASCONCELOS - “Algumas Considerações sobre os Preâmbulos dos Contratos”, AA. VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Sousa Franco*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

ALBÁN, JORGE OVIEDO - “Negociación y documentos preliminares en la contratación internacional”, *Revista de Derecho Privado*, nº 22, Janeiro-Junho de 2012, pp. 73-106, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2099654.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE - “Contrato Formal e Pré-Contrato Informal”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 349 e ss.

- *Contratos*, Volume I, *Conceito, fontes Formação*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2005.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA - “A Empresa como Objecto de Negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals””, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, 2008, pp. 715 e ss..

- *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009.

ASÚA, CLARA I. - “Negotiating in good faith and the agreement to negotiate (with reference to the decision of the House of Lords in the case of *Walford v Miles*)”, *European Revue of Private Law*, Volume 2, nº 2, 1994, pp. 274 e ss..

BARATA, FILIPE SANTOS - *Enquadramento e Valor Jurídico dos Acordo Pré-Contratuais Inerentes ao Processo Negocial de Aquisição de Empresas fora do Mercado de Capitais*, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

BENATTI, FRANCESCO - “On the nature and effects of some precontractual agreements – English version of “*Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*””, *European Revue of Private Law*, Volume 2, nº 2, 1994, pp. 284 e ss..

CÂMARA, PAULO; BASTOS, MIGUEL BRITO - “O Direito da Aquisição de Empresas: Uma Introdução”, AA. VV., Coord. (por) Paulo Câmara, *Aquisição de Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 13 e ss..

CASTERMANS, A. G. - “*Walford v Miles*”, *European Revue of Private Law*, Volume 2, nº 2, 1994, pp. 290 e ss..

CHRISTOU, RICHARD - *Drafting Commercial Agreements*, 3.^a edição, Londres, Thomson/Sweet&Maxwell.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lisboa, Lex, 1993.

- *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Tomo I, Parte Geral, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2009.

- *Tratado de Direito Civil Português*, Volume II, Direito das Obrigações, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2010.

- *Manual de Direito Bancário*, 4.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012.

- *Manual de Direito das Sociedades, I – Das Sociedades em Geral*, Coimbra, Almedina, 2004.

- *Manual de Direito Comercial*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012.

COSTA, MARIANA FONTES DA - *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA - *Responsabilidades Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

- *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Coimbra, Almedina, 2009.

DIAMVIATU, LINO - “A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Volume II, Ano 71, 2011, pp. 517 e ss..

DUARTE, RUI PINTO - *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Lisboa, 1999.

FERNANDES, LUÍS CARVALHO; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (Coord.) - *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, AA. VV., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, comentado por:

- TRIGO, MARIA DA GRAÇA – *Artigo 227º*, pp. 510-514.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA – *Artigo 228º*, pp. 514-517.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 229º*, pp. 517-519.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 230º*, pp. 519-523.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 231º*, pp. 523-525.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 232º*, pp. 525-527.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 233º*, pp. 527-529.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 234º*, pp. 529-531.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA; SÁ, FERNANDO – *Artigo 235º*, pp. 531-532.
- MENDES, EVARISTO; SÁ, FERNANDO – *Artigo 236º*, pp. 537-541.

FONSECA, PATRÍCIA AFONSO - “As cartas de intenções no processo de formação do contrato. Contributo para o estudo da sua relevância jurídica”, *O Direito*, ano 138, V, 2006, pp. 1101 e ss..

GALVÃO, CLEMENTE - “Declarações e Garantias em Compra e Venda de Empresas – Algumas Questões”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 12, 2005, pp. 103 e ss..

GILSON, RONALD J.; SABEL, CHARLES F.; SCOTT, ROBERT E. - *Braiding: The interaction of formal and informal contracting in theory, practice and doctrine*, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535575.

GOMES, M. JANUÁRIO DA COSTA - *Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012.

GRUSON, MICHAEL; HUTTER, SETEPHAN; KUTSCHERA, MICHAEL - *Legal Opinions in International Transactions*, 3.^a edição, Londres, Kluwer, 1997.

KLASS, GREGORY - “Intent to Contract”, *Georgetown Business, Economics & Regulatory Law*, Research Paper No. 09-07, Outubro 2009, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1345172.

KNAPP, CHARLES L. - “Enforcing the Contract to Bargain”, *New York University Law Review*, 673, 1969, pp. 673 e ss..

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES - “Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 765 e ss..

- *Direito das Obrigações*, Volume I – *Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 11.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014.

LIMA, PIRES DE; VARELA, ANTUES - *Código Civil Anotado*, Volume I, com a colaboração de Henrique Mesquita, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

MATOS, FILIPE MIGUEL DA CRUZ DE ALBUQUERQUE - “A Fase Preliminar do contrato”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume III, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 309 e ss..

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO - *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

PERIS, J. RUIZ - *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Navarra, Aranzadi, 2000.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA - *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Separata do volume XIV do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, 1963.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PRATA, ANA – *Notas Sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Almedina, 2002.

- “Os Contratos em Volta (da compra e venda)”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 355 e ss..

REI, MARIA RAQUEL – *Do contrato-quadro*, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1997.

ROCHA, ANA GONÇALVES DA - *O Valor Jurídico das Cartas de Intenção (uma abordagem prática)*, policopiado, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito, maio 2014.

SANTOS JÚNIOR, E. - “Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, 1997, pp. 565 e ss..

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA - *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2007.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA - “Negociação e Formação de Contratos”, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 29 e ss.

- “Negociações preparatórias de contrato-promessa e responsabilidade pré-contratual”, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 76 e ss.

SCHWARTZ, ALAN; ROBERT, E. SCOTT - “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review*, Volume 120, Janeiro 2007, Número 3, pp. 661- 707, disponível em:
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1300&context=fss_papers.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO - *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

- *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

TENE, OMER - *Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943383.

VARELA, JOÃO ANTUNES - *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.^a edição, Coimbra, Almedina, 2010.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE - *Contratos Atípicos*, Lisboa, 1994.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.^a edição, Coimbra, Almedina, 2010.

VICENTE, DÁRIO MOURA - “A Formação dos Contratos Internacionais”, *Direito Internacional Privado, Ensaios*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 117 e ss..

- “Culpa na Formação dos Contratos”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume III, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 309 e ss..