

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO



O VALOR JURÍDICO DAS CARTAS DE INTENÇÃO
(UMA ABORDAGEM PRÁTICA)

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção do grau de mestre em Direito, com especialização em Direito das Empresas e Negócios

Por

ANA GONÇALVES DA ROCHA

Sob a orientação do

PROF. DOUTOR AGOSTINHO CARDOSO GUEDES

Maio de 2014



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O VALOR JURÍDICO DAS CARTAS DE INTENÇÃO
(UMA ABORDAGEM PRÁTICA)**

Tese apresentada para obtenção do grau de mestre em Direito com especialização em
Direito das Empresas e Negócios

Por Ana Gonçalves da Rocha

Sob a orientação do Prof. Doutor Agostinho Cardoso Guedes

ESCOLA DE DIREITO

Maio de 2014

Ao Prof. Doutor Agostinho Guedes,

À minha família, em especial aos meus pais,

Ao Gustavo,

por tudo quanto este trabalho lhes deve

LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ac. – Acórdão

Apud – Citado por

Art.º - Artigo

C.C. – Código Civil

Cfr. – Conforme

C.P.C. – Código de Processo Civil

Ed. – Edição

Etc. - *et cætera – e restantes*

LL.M. – *Master of laws*

Nº - Número

N.I.B. – Número de Identificação Bancária

Pág. – Página

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Ss. – Seguintes

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

ÍNDICE GERAL

Lista das Principais Abreviaturas Utilizadas	3
Índice Geral.....	5

INTRODUÇÃO

1. Enquadramento das questões e forma de abordagem	7
--	---

OS ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS

2. Surgimento	9
3. Noção Geral.....	10

AS CARTAS DE INTENÇÃO

4. Direito Comparado.....	13
5. Características.....	15
6. Porque são feitas.....	17
7. Normas suporte no Ordenamento Jurídico Português	19

8. Cláusulas Frequentes	22
a. Cláusulas de distribuição de despesas	22
b. Cláusulas de boa fé	23
c. Cláusulas <i>Best-Efforts</i>	26
d. Cláusulas <i>Instruction to proceed</i>	27
e. Cláusulas <i>Stand Still</i> (com ou sem cláusula penal).....	31
f. Cláusulas de confidencialidade (com ou sem cláusula penal)	33
g. Cláusulas com acordos parciais	36
h. Cláusulas com condição	37
i. Cláusulas “Quadro” das negociações.....	37
j. Cláusulas com a previsão de realização de uma “ <i>Due Diligence</i> ”	38
k. <i>Cláusulas Subject to Contract</i>	39
l. Cláusulas de limitação da responsabilidade.....	40
m. Cláusulas com a Lei e Jurisdição competentes.....	42
n. Cláusulas de sujeição à Arbitragem	42
9. Breve nota à violação de uma cláusula de uma Carta de Intenção	43

CONCLUSÕES

10. Conclusões	47
Índice da bibliografia citada	51

INTRODUÇÃO

1. Enquadramento das questões e forma de abordagem

O procedimento clássico de formação de um contrato dá-se através de uma proposta e uma aceitação. No entanto, este procedimento, não satisfaz, nem oferece as respostas devidas em todos os casos.

Muitos dos contratos dos últimos anos, devido à sua dimensão e complexidade, implicam, um longo período de negociações, que pode durar anos.

Assim, temos assistido a um forte incremento do uso de instrumentos pré-contratuais no comércio jurídico internacional. Estes instrumentos surgem da necessidade de criar segurança na negociação (com diferentes graus), da necessidade de criar boas condições para a chegada a um acordo final, e mesmo da vontade de dotar a *praxis negocial* de uma maior maleabilidade e flexibilidade¹.

A transnacionalidade das negociações é, também, um factor de insegurança para as partes que, muitas vezes, desconhecem os verdadeiros efeitos legais das suas negociações.

Com efeito, a questão que ocupa esta dissertação, é a identificação das obrigações e responsabilidades em que incorrem os utilizadores, em especial, das cartas de intenção, bem como sugerir formas de redação e formas de evitar os efeitos legais indesejados.

¹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de direito civil e processo civil (Pareceres)*, Coimbra, 1996, pág. 57.

A sua variabilidade e estreita dependência dos propósitos das partes, por um lado, e a sua não correspondência a figuras legalmente tipificadas, por outro, determinam que não seja, muitas vezes, tarefa fácil a interpretação destes documentos pré-contratuais. Consiste, então, a dificuldade na determinação da medida em que cada uma das partes quis obrigar-se quanto ao futuro².

Não se pretende definir *Carta de Intenção*, até porque, antecipando desde já uma das conclusões do presente trabalho, uma *Carta de Intenção* é o que os utilizadores fizerem dela.

Pretende-se uma abordagem predominantemente prática, com exemplos e propostas de solução e análise.

² Cfr. ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, 2001, pág. 15.

OS ACORDOS PRÉ-CONTRATUAIS

2. Surgimento

A internacionalização da economia massificou-se nos últimos anos, e o facto de as partes da negociação serem, frequentemente, de diferentes países, leva a que, muitas vezes, apenas tenham uma ideia vaga dos efeitos legais e éticos das suas negociações. Daí que haja um desejo de reduzir as negociações a escrito relativamente cedo³.

Nos últimos anos, fruto da globalização da economia, a transnacionalidade das negociações, bem como a sua complexidade e extensão, geraram novas necessidades na negociação e realização de um contrato.

Se a maioria dos contratos são instantâneos e sem discussão prévia (caso da grande parte dos contratos de venda de bens de consumo)⁴, muitos há que se prolongam no tempo e, nos quais, as partes sentem uma necessidade, maior ou menor, de aumentar a segurança das negociações, criando obrigações na contraparte ou fixando os aspectos sobre os quais as partes já chegaram a acordo.

³ Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 19 e ss..

⁴ Cfr. JOANNA SCHMIDT, *Négotiation et conclusion de contrats*, Paris, 1982, pág. 2.

3. Noção Geral

Quando o processo de formação do contrato se resolve numa sequência mais ou menos prolongada de atos, pode estabelecer-se uma separação entre aqueles processos em que, nas suas etapas, se vão produzindo sucessivos efeitos jurídicos entre as partes sem que os respectivos factos produtores adquiram autonomia negocial, e aqueles outros em que se alcançam acordos preliminares com identidade contratual própria⁵.

A este propósito, o Professor José Engrácia Antunes, faz uma clara distinção entre estes dois tipos, e qualifica os primeiros como “acordos não contratuais” e os segundos como “acordos contratuais”⁶.

Os acordos não contratuais servem, essencialmente, para determinar a forma como as negociações entre as partes se processarão ou para cristalizar o estado dessas negociações em determinado momento, e apresentam como suas principais modalidades: as cartas de intenção⁷, sobre as quais incidirá o presente estudo, os *heads of agreement*, os *Memoranda of understanding*⁸, os acordos de negociação, ou os contratos-quadro – a eficácia deste tipo de

⁵ No primeiro tipo, inserem-se os que se consubstanciam em negociações preliminares, com ou sem formalização de acordos parcelares, de cartas de intenção, etc. – que impõem às partes um comportamento pautado pela boa-fé. No segundo tipo, as declarações de vontade surgem em momentos temporalmente distintos, produzindo então a proposta contratual efeitos jurídicos próprios que só a válida e eficaz aceitação extingue, ao dissolvê-la na nova realidade jurídica que o contrato formado constitui.

Diversos destes são os processos de formação em que as partes celebram acordos autonomamente relevantes, mas funcionalmente instrumentalizados à futura conclusão do contrato: assim, as convenções sobre forma, os contratos normativos, os pactos de opção, os pactos de preferência ou os contratos-promessa – Cfr. ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu regime civil*, Coimbra, 2001, Pág. 97 e ss..

⁶ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009, pág.97 e ss..

⁷ De conteúdo extremamente variável mas que, por norma, consubstanciam puros acordos de negociação, em que as partes se obrigam a envidar os seus melhores e mais leais esforços no sentido de levar as negociações a bom porto, conservando, inteiramente intacta, a sua liberdade de celebrar ou não o contrato.

⁸ Estamos no domínio dos grandes contratos e dos contratos internacionais que, não só é efetivamente dominado pela língua inglesa, hoje, verdadeiramente, uma espécie de língua franca mundial, como é pelo Direito e pela experiência anglo-americanos, sobretudo norte-americanos, uma vez que é aí que se situam as suas origens e é aí que foram primeira e desenvolvidamente estudados – Cfr. E. SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), págs. 565 e ss.

acordos circunscreve-se ao plano pré-contratual, não sendo, por isso, em princípio, geradores de direitos e obrigações contratuais.

No que diz respeito à forma, este tipo de acordos rege-se, no nosso ordenamento jurídico, pelo art.º 219.º do C.C., apesar de normalmente se adoptar a forma escrita. Ou seja, podem ser feitos, por exemplo, através de uma ata de uma reunião.

Os acordos contratuais, destinam-se a preparar ou coadjuvar a celebração de um dado contrato. Representam, em si mesmos, contratos autónomos perfeitamente vinculativos e definitivos entre as partes, situando-se já no plano de formação do contrato e não na mera negociação do mesmo. Podem mencionar-se: os contratos-promessa (art.º 410.º e ss. do C.C.)⁹, os pactos de preferência (art.º 414.º e ss. do C.C.)¹⁰ e os pactos de opção¹¹. Este tipo de acordos dão tradução jurídica ao termo das negociações tendentes à celebração do contrato principal. O seu regime jurídico é tipicamente contratual; assim, sendo fonte de direitos e obrigações autónomos para as partes neles envolvidas, o respectivo incumprimento definitivo pode constituir o contraente infractor em responsabilidade contratual pelos danos causados ao outro contraente, nos termos gerais (Art.º 798.º e ss. do C.C.).

Muito importante e, por vezes, difícil é a distinção entre o que se apresenta aparentemente como um pré-contrato (pelo seu “*nomem iuris*”) e representa, na verdade, um contrato principal incompleto – já apto a produzir os seus efeitos próprios, e não apenas consubstanciando uma mera obrigação de o celebrar – ou, inversamente, pode não passar afinal

⁹ Muitas vezes, as partes, durante as negociações de um contrato, chegam a acordo quanto ao seu conteúdo, mas, não podendo ou não querendo celebrá-lo imediatamente, obrigam-se a realizá-lo no futuro com esse conteúdo, através de um contrato-promessa. Com efeito, este é um contrato pelo qual os interessados se obrigam a realizar um segundo contrato, o contrato definitivo – Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, 2002, pág.209.

¹⁰ Com o pacto de preferência, atribui-se o direito, a um dos contraentes, de celebrar o(s) contrato(s) objecto dessa preferência com prioridade sobre certo terceiro, nas mesmas condições, ajustadas entre esse terceiro e o sujeito passivo. Assim, o sujeito passivo mantém a liberdade de celebrar ou não o(s) contrato(s) objecto da preferência, mas, uma vez decidida e negociada com certo terceiro essa celebração, fica limitada a sua liberdade de escolha do co-contraente – Cfr. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, Porto, 2006, pág. 689.

¹¹ Consistem num acordo, por força do qual uma das partes emite desde logo a declaração correspondente a um futuro contrato, ficando a ela vinculada, e a outra parte com a faculdade de vir ou não a aceitá-la. Aquela declaração vale como proposta irrevogável, não podendo o seu autor retirá-la. – Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, 2002, pág. 240.

de um simples acordo pré-contratual de negociação – que não encerra qualquer obrigação de contratar, mas unicamente de negociar de boa-fé.

É importante notar que, independentemente do nome que se der ao “acordo pré-contratual”, o que interessa verdadeiramente é o que lá se estipular. Dependendo do que se disser, podemos ter desde um simples acordo de negociação a um contrato definitivo.

AS CARTAS DE INTENÇÃO

4. Direito Comparado

As Cartas de Intenção, como já se disse, nascem no âmbito da internacionalização da economia, e nos sistemas da *common law*.

Com efeito, o facto de os países da *common law*, se regerem pelo principio do “*all or nothing*”¹², de acordo com o qual ou os sujeitos se encontram vinculados mutuamente por um contrato, ou não haverá qualquer vinculação no período negocial¹³, levou à consideração da fase negocial, como uma espécie de vazio jurídico^{14 15}.

O ordenamento jurídico inglês recusa, desde logo, a existência de uma obrigação legal de negociar de boa fé, da qual pudesse nascer a proibição de as partes romperem

¹² Sobre este principio, MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 49 e ss., E . SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), pág 565 e ss..

¹³ Não havendo quaisquer obrigações, neste período, entre as partes, e tendo estas total liberdade para interromper o processo negocial, independentemente do estado em que este se encontre e de justificação.

¹⁴ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 111.

¹⁵ Isto levou, também, à multiplicação do direito contratual prático numa diversidade de figuras preliminares ao contrato, cuja função é densificar a fase negocial e minimizar os danos emergentes do seu insucesso. Com estes instrumentos preliminares aos contratos pretende-se obter um elevado grau de segurança nas negociações.

injustificadamente as negociações. Argumenta-se que tal proibição geraria enormes problemas de insegurança para os contraentes, na medida em que a natureza fluida do conceito de boa fé não permite que se determine com precisão o momento das negociações em que a confiança criada na contraparte justificaria esta proteção. E isto levaria ou à retração dos agentes quanto à entrada em negociações, ou à aceleração do processo de contratação, com os riscos de serem celebrados contratos pouco ponderados ou, mesmo, indesejados.

Também o ordenamento jurídico norte-americano recusa, com iguais fundamentos, a existência de uma obrigação legal de negociar com boa fé e, conseqüentemente, uma proibição de romper injustificadamente as negociações com esse fundamento¹⁶.

As Cartas de Intenção apareceram, assim, como uma forma de os contraentes destes países reduzirem os riscos inerentes à falta de regulamentação da fase negocial.

Nos sistemas da *civil law*, este problema da responsabilidade durante as negociações não é tão premente, uma vez que, na generalidade dos seus países, se consagra o instituto da *culpa in contrahendo* e a obrigação de negociar de boa-fé.

No entanto, têm-se desenvolvido bastante a utilização das Cartas de Intenção também nestes sistemas, como forma de as partes reforçarem esta responsabilidade pré-contratual e esta obrigação de negociar de boa fé, na negociação em que estão inseridas, e de apor a estas obrigações outras que julguem importantes.

¹⁶ O que não é o mesmo que dizer que os ordenamentos jurídicos da *common law* são totalmente alheios ao princípio da boa fé no período pré-contratual. Assim, têm pelo menos um instituto com especial relevância nesta matéria: a *misrepresentation*. Segundo a *misrepresentation*, se uma das partes numa negociação induzir a outra a acreditar que pretende chegar a um acordo contratual, quando, na verdade, não tem quaisquer intenções de o fazer, pode ser considerada responsável pelos danos causados. – Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, Pág. 45.

5. Características

Uma das principais características das Cartas de Intenção, unanimemente apontada na doutrina internacional, é a sua heterogeneidade, o que faz com que, dentro do mesmo conceito, se incluam realidades muito distintas, desde declarações unilaterais a acordos; desde deveres de sigilo a obrigações de negociar; e desde minutas a verdadeiros contratos preparatórios inominados¹⁷.

Estes instrumentos integram-se na fase pré-contratual das negociações. Assim, as Cartas de Intenção situam-se no processo de negociações que tem em vista a celebração de um contrato final, ficando excluídas da categoria dos acordos contratuais, anteriormente referidos, que obrigam a celebração do tal contrato final (deste tipo, temos como maior exemplo, o contrato-promessa).

As Cartas de Intenção devem ser e, normalmente são, unilaterais. No entanto, muitas vezes são assinadas por ambas as partes. E, neste último caso, por norma, têm a forma de uma carta normal, e no final, algo como: “Se o que está acima, expressa a sua vontade, por favor assine uma cópia desta carta e devolva-a ao signatário”¹⁸. Acontece, também, que uma das partes solicite à outra a elaboração de uma Carta de Intenção, nomeadamente, e isto é frequente, quando uma das partes pretende pedir financiamento para o contrato em negociações e precisa de comprovar, junto da instituição financeira, a existência de negociações sérias em curso¹⁹.

Enquanto muitas Cartas de Intenção são bastante simples, outras são documentos longos e complexos, assemelhando-se a verdadeiros contratos.

Relevante, é, também, o facto de destas Cartas conterem disposições que as partes acreditam que são e, às vezes, são, legalmente vinculativas.

Todavia, há que salientar que seu o elemento definidor principal reside na consideração, pelas partes, de que conservam a sua liberdade de celebração do contrato, tratando esta carta, como um episódio das negociações ainda não concluídas. Sempre que as partes demonstrem considerar concluídas as negociações ou excluam a sua liberdade de celebração do contrato,

¹⁷ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 80.

¹⁸ *Tradução nossa* – Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 10.

¹⁹ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 83.

vinculando-se a esta celebração, estaremos perante a efetiva celebração do contrato ou perante um contrato-promessa, e não perante uma Carta de Intenção²⁰.

Uma das principais dificuldades da análise e característica das Cartas de Intenção é a ambiguidade ou obscuridão das mesmas, o que levou a que fossem apelidadas de “zona cinzenta”²¹, tornando difícil aferir da sua relevância jurídica. Isto agrava-se, na medida em que raramente são elaboradas por advogados²². Noutros casos, esta ambiguidade não é totalmente inconsciente²³. As partes utilizam-na por forma a deixarem uma brecha para, se quiserem, poderem voltar a discutir um certo ponto que não ficou claro²⁴.

Com efeito, apesar da sua função legal pouco definida, as Cartas de Intenção são instrumentos muito usados, e têm um papel importante na negociação dos contratos comerciais.

²⁰ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 61.

²¹ *Tradução nossa* – Cfr. MARCUS LUTTER, *Der Letter of Intent. Zur Rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3ª ed., Colónia, 1998, pág. 3 e 4.

²² Na verdade, são elaboradas num estado da negociação prévio ao momento em que as partes consideram necessário o apoio jurídico. - Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 10 e 11.

²³ Assim, as partes procuram não assumir expressamente nenhuma obrigação, deixando aberta uma margem de incerteza sobre o seu cariz vinculativo, normalmente com a reserva mental de obrigar a outra parte sem se obrigar a si próprio. – Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 57.

²⁴ É, também, importante ter sempre presente que a fase de negociações é por natureza uma fase tendencialmente conflitual, em que cada parte procura uma maximização dos seus interesses e uma minimização de custos e esforços. –Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 82.

6. Porque são feitas?

As Cartas de Intenção são, frequentemente, utilizadas para mostrar seriedade nas negociações, no sentido de demonstrar a vontade de levar as negociações a bom termo e adoptando uma conduta adequada à obtenção do consenso final²⁵. Isto é uma forma de transmitir confiança à outra parte, nomeadamente, nas grandes negociações, dizendo-lhe, por exemplo, que não estão em negociações paralelas com outros²⁶.

Frequente, é também a utilização das Cartas de Intenção como *quadro* das negociações. Isto é, de forma a descreverem em que termos é que as futuras negociações devem ser feitas. Podem fazê-lo através da estipulação de um dever de confidencialidade, de uma proibição de negociar com terceiros, da divisão de despesas, ou até da divisão dos aspectos a negociar segundo um plano temporal pré-fixado²⁷.

Podem, também, ser feitas como forma de tornar públicas as negociações em curso. Aliás, serviram muitas vezes como anúncio de fusões de empresas norte-americanas²⁸.

No entanto, a função mais importante das Cartas de Intenção é a redução a escrito do processo negocial²⁹, isto é, a fixação pontos sobre os quais as partes já chegaram a acordo, de acordos parciais e até de pontos sobre os quais ainda não há acordo. A necessidade de fixar isto, deriva de dois factores: a complexidade e extensão das negociações atuais, e o facto de, muitas vezes, as partes acreditarem que as Cartas de Intenção criam compromissos morais importantes para o sucesso das negociações.

²⁵ Note-se que a obrigação aqui assumida de negociar um contrato dentro de critérios de razoabilidade e boa-fé nunca de *per si* implica uma vinculação equiparável à do contrato-promessa. – Cfr. BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, pág. 520.

²⁶ Diferente das Cartas de Conforto, em que é um terceiro a transmitir confiança a uma das partes, sobre a outra com quem está em negociações.

²⁷ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 83.

²⁸ Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 16.

²⁹ Esta função também é apelidada de “*Cristalização das negociações*” – Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in *ROA*, Ano 60 (2000), pág. 53.

Podem ter, também, como finalidade a antecipação do cumprimento do contrato final, inserindo as chamadas cláusulas *instruction to proceed*³⁰. Neste caso, resulta destas cláusulas a autorização dada por uma das partes à outra para avançar com o cumprimento do contrato final (ou de uma das suas prestações), sem se ter alcançado o consenso sobre todos os aspectos essenciais do contrato final, ou seja, antes de terminada a fase das negociações³¹. Abordar-se-á, com maior cuidado, este tipo de cláusulas mais à frente, mas cumpre dizer que são muito importantes e devem estipular devidamente quais as fórmulas de cálculo e como será pago o que foi executado, no caso de insucesso das negociações em curso.

Tratando-se de documentos elaborados no contexto negocial, as partes pretendem normalmente minorar os riscos de fracasso das negociações, sem verdadeiramente se vincularem a condutas estritas. Com efeito, a linguagem das Cartas de Intenção pretende apelar mais à honra comercial das partes do que verdadeiramente adstringir-se ao direito³².

Assim, o vínculo genérico de continuar as negociações e não as interromper, salvo motivo justificado, a obrigação de, entretanto, não negociar com um terceiro e a renúncia recíproca a “revogar” unilateralmente ou voltar a pôr em causa certos pontos ou cláusulas já acordadas integram a relação pré-contratual e, embora a sua violação possa gerar responsabilidade, não vinculam à conclusão do contrato³³.

É de salientar, porém, que as Cartas de Intenção esgotam a sua autonomia com a celebração do contrato final, pelo que, a partir desse momento, a sua utilidade se circunscreve, essencialmente, à interpretação da declaração de vontade das partes³⁴.

³⁰ São muito utilizadas, por exemplo, na negociação dos grandes contratos de empreitada, em que é, muitas vezes, necessário começar as obras de imediato, e as negociações, devido a sua extensão e complexidade, vão demorar algum tempo.

³¹ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 97.

³² Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 81.

³³ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, pág. 538.

³⁴ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 83.

7. Normas suporte no Ordenamento Jurídico Português

As Cartas de Intenção não estão reguladas no ordenamento jurídico português. No entanto, há normas gerais do Código Civil que lhes são aplicáveis, e que devem ser analisadas quando as estudamos.

Assim, desde logo, o **Art.º 227.º do C.C.**, que nos diz que:

1. *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*
2. *A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º.*

Este artigo é aplicável tanto no caso das negociações se romperem, como no caso de celebração do contrato. E, no caso das Cartas de Intenção, independentemente de as partes lá reforçarem o dever de proceder de boa fé durante as negociações ou não, este dever existe sempre por força do presente artigo.

Assim, tendo as partes um comportamento contrário à boa fé no decurso das negociações podem ser responsabilizadas nos termos da “*culpa in contrahendo*”³⁵. A boa fé é aqui vista num sentido vincadamente ético, ao contrário do que sucede em muitos outros casos em que o seu significado se esgota numa situação psicológica, muito simples e fácil de definir (cfr. art.º 119.º/3, art.º 243.º/2 e art.º 291.º/3 todos do C.C.)³⁶.

Com efeito, para haver responsabilidade pré-contratual devem estar preenchidos dois pressupostos específicos: (1) a existência de efetivas negociações que gerem confiança e expectativas legítimas na conclusão do contrato em formação; e (2) a ruptura ilegítima, arbitrária e sem justa causa das negociações³⁷.

³⁵ No entanto, podemos retirar da leitura deste artigo e da análise dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que a liberdade de concluir o contrato constitui a regra, e a responsabilidade pela ruptura das negociações a exceção – Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de direito civil e processo civil (Pareceres)*, Coimbra, 1996, pág. 66.

³⁶ Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1987, pág. 216.

³⁷ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de direito civil e processo civil (Pareceres)*, Coimbra, 1996, pág. 72.

O **Art.º 232.º do C.C.**, que prescreve o seguinte:

O Contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.

Ora, esta norma é importante na análise das Cartas de Intenção, desde logo para as conseguirmos distinguir do contrato final. Assim, como já se viu anteriormente, se sob o título de “Carta de Intenção” se estiver perante um acordo sobre todos os pontos que as partes consideram essenciais para o contrato³⁸ e apenas ficarem por acordar questões marginais, que não influenciam a vontade negocial das partes, não se está perante uma verdadeira Carta de Intenção mas sim perante um contrato³⁹.

O **Art.º 236.º do C.C.** também desempenha um papel importante na interpretação das Cartas de Intenção:

1. *A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.*
2. *Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.*

³⁸ No mesmo sentido, “*Pode, porém, concluir-se do contexto das negociações, por interpretação da vontade das partes, que, embora haja desacordo quanto a certa ou certas cláusulas, elas quiseram vincular-se contratualmente, não considerando essenciais os pontos sobre que não se formou consenso*” – in PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1987, pág. 220.

³⁹ Também neste sentido, Crf. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 54.

O objectivo da solução⁴⁰ oferecida pelo nº 1 do artigo é o de proteger o declaratário, conferindo à declaração o sentido que seria razoável presumir em face do comportamento do declarante, e não no sentido que este lhe quis efetivamente atribuir⁴¹.

O disposto no nº 2 prescreve que, conhecendo o declaratário o sentido que o declarante pretendeu exprimir através da declaração, é de acordo com esta vontade que vale, quer a declaração seja ambígua, quer o seu sentido objectivo seja inequivocamente contrário ao sentido que as partes lhe atribuíram⁴².

O Art.º 457.º do C.C., também pode ser de alguma relevância nesta análise:

A promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei.

Com efeito, consagrando este artigo o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais no ordenamento jurídico português, há um impedimento de que de uma declaração de intenção unilateral atípica possam nascer efeitos jurídicos coincidentes com o teor da vontade manifestada.

Assim, um ponto de extrema importância é o de as Cartas de Intenção se situarem num processo de negociações que tem em vista a celebração de um contrato futuro, mas não vincularem as partes à celebração do referido contrato final⁴³.

⁴⁰ Esta solução veio sancionar a chamada doutrina da impressão do destinatário – Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de direito civil e processo civil (Pareceres)*, Coimbra, 1996, pág. 43.

⁴¹ Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1987, pág. 223.

⁴² E neste sentido veja-se PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1987, pág. 224.

⁴³ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 83.

8. Cláusulas Frequentes

Sob o ponto de vista substantivo, as Cartas de Intenção podem desempenhar uma de duas funções: regular o processo negocial ou regular a formação do contrato final⁴⁴.

Para regular o processo negocial, podem ser apostas às Cartas de Intenção cláusulas de confidencialidade, de exclusividade, de *Best-efforts*, ou “quadro” das negociações.

Como forma de regular a formação do contrato final, podem as partes, na Carta de Intenção, fixar as cláusulas já acordadas e os termos que nele se pretendem incluir.

a. Cláusulas de distribuição de despesas

Este tipo de cláusulas é raro. O mais usual é não existirem este tipo de cláusulas, cada parte arcar com as suas despesas e as despesas feitas no interesse de ambas as partes dividirem-se a meio⁴⁵.

No entanto, as partes podem regular a repartição das despesas, quer no caso do negócio se frustrar, quer no caso da celebração do contrato final.

Podem estar inseridas neste tipo de cláusulas: as despesas com advogados, com consultores financeiros, despesas de logística (viagens, estadia, etc.), ou outras.

Independentemente do restante conteúdo da Carta de Intenção, a cláusula de distribuição de despesas será sempre uma cláusula vinculativa para as partes⁴⁶.

Com efeito, a violação deste tipo de cláusulas gera responsabilidade contratual⁴⁷, nos termos do Art.º 798.º e ss. do Código Civil.

⁴⁴ Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, págs. 83 e 84.

⁴⁵ No caso de não haver estipulação em contrário, uma parte na negociação não é responsável pelas despesas da outra parte, e a questão nem se levantará. – Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 125.

⁴⁶ Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 124.

Neste tipo de responsabilidade há presunção de culpa, uma vez que só o devedor está, em via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efetuar a prestação a que estava vinculado⁴⁸
49.

b. Cláusulas de boa fé

Este tipo de cláusulas estipula que as partes devem agir nas negociações de boa fé.

As negociações, normalmente, carregam com elas a exigência de uma conduta de boa fé, independentemente de estipulação das partes. Em Portugal, esta obrigação decorre, desde logo, do art.º 227.º do C.C.^{50 51}.

⁴⁷ Este tipo de responsabilidade implica a violação de um dever relativo – existente a cargo e em proveito de pessoas determinadas – e pressupõe a existência entre o autor do prejuízo e aquele que o sofre de uma relação jurídica anterior ao surgimento do prejuízo ou do dano. – Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983, Pág. 7.

⁴⁸ Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., revista e atualizada, Coimbra, 1997, Pág. 53 e ss..

⁴⁹ São exemplos deste tipo de cláusulas:

“7. A “CE” reembolsará a “HKW” das despesas razoáveis realizadas até a assinatura do contrato, de acordo com a cláusula 5, até ao montante de 10 000 € - essas despesas serão incluídas nos respectivos contratos a serem celebrados entre as partes.

8. No caso de não celebração do contrato, a “CE” reembolsará a “HKW” das despesas realizadas de acordo com a cláusula anterior, mediante a apresentação das facturas pela “HKW”. - Traduzido e adaptado – Cfr. MARCUS LUTTER, *Der Letter of Intent. Zur Rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3ª ed., Colónia, 1998, pág. 166.

⁵⁰ O Código Civil de 1966, consagrando, no art.º 227.º, o princípio da chamada responsabilidade pré-contratual, se não operou uma novidade na ordem jurídica portuguesa, teve o mérito de tornar indiscutível a vigência do princípio, esclarecendo a sua extensão e quadro de operatividade. – Cfr. ANA PRATA, *Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa, Pág. 25.

⁵¹ “Nos países da *Civil Law*, pode dizer-se que, por influência do Direito germânico, de onde irradiou a doutrina da *“culpa in contrahendo”* de Ihering e, depois, a própria teoria da responsabilidade pré-contratual, tem-se reconhecido um dever de negociar de boa-fé: a violação dos concretos deveres daí decorrentes – de informação, de lealdade – é susceptível de engendrar responsabilidade civil, responsabilidade pré-contratual. Assim, entre nós, também o C.C., neste ponto foi claramente influenciado pelo pensamento jurídico germânico (cfr. art.º 227.º do C.C.).”

Assim, a estipulação desta obrigação numa Carta de Intenções, confirma a vontade das partes de a cumprir e intensifica-a^{52 53}.

Há duas situações frequentes de violação do dever de boa fé durante uma negociação: a interrupção abrupta das negociações por uma das partes e a realização de negociações paralelas.

Com efeito, é claro que as partes numa negociação têm a liberdade de interromper as negociações a todo o tempo, até chegarem a um acordo final. Contudo, quando as partes fixam o seu acordo sobre alguns pontos numa Carta de Intenção, a obrigação geral de boa fé impõe que pelo menos essa interrupção seja justificada^{54 55}.

Em algumas circunstâncias, considera-se, assim, que a retirada injustificada de uma das partes da negociação, existindo uma Carta de Intenção, poderá ser contrária ao dever de boa fé⁵⁶, muito mais facilmente do que na sua ausência.

– in . E. SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), pág. 587.

⁵² Como referimos anteriormente, mostra a seriedade das negociações e acentua o compromisso moral entre as partes.

⁵³ Com efeito, numa fase preliminar gozam as partes de uma ampla liberdade de decisão, essencial 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 projetos, com grande amplitude. Tal liberdade vai, porém, sendo progressivamente restringida, à medida e na medida em que, pelos seus comportamentos (positivos ou omissivos), cada uma das partes cria, na respectiva contraparte, uma convicção crescente de confiança na iminência da celebração do contrato.

A confiança vai progressivamente ganhando corpo e consistência, pondo-se então o problema da injustiça da sua desprotegida frustração quando uma das partes, inesperada e arbitrariamente, rompe as negociações. – Cfr. ANA PRATA, *Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa, Pág. 16 e 17.

⁵⁴ Não se compreenderá, por exemplo, que essa ruptura se deva a um desacordo, sobre pontos que já haviam sido fixados numa Carta de Intenções.

⁵⁵ Assim, comprometendo-se as partes a empreender ou continuar as negociações de boa-fé, nenhuma delas se poderá retirar dessas negociações injustificadamente ou alegando uma vaga justificação do tipo de mudança de intenções ou das circunstâncias. Mas também nenhuma delas fica vinculada à celebração do contrato final. – Cfr. . E. SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), pág 593.

⁵⁶ É importante salientar que isto não põe em causa a liberdade estrita de não contratar, na medida em que a sanção emergente da ruptura não poderá consistir na conclusão do contrato em negociações e não põe em causa a definitividade da ruptura, dado que, por força da natureza infungível da própria negociação, entendemos que nem sequer se poderá exigir ao sujeito que re-encete as negociações que rompeu. A limitação à liberdade de não negociar (resultante de uma ponderação entre o princípio da autonomia privada e o princípio da segurança no tráfico jurídico)

Além disso, quanto mais avançado o estágio das negociações em que uma Carta de Intenção aparece, ou quanto mais detalhada esta é, mais justificada deve ser a possível retirada de uma das partes na negociação.

As negociações paralelas também são, geralmente, permitidas.

No entanto, dependendo da linguagem de uma Carta de Intenção, as negociações paralelas em segredo por uma das partes podem ser contrárias à boa fé, em virtude da confiança legítima da outra parte, ainda que não haja uma proibição expressa de as encetar.

Se houver uma proibição expressa⁵⁷, as negociações paralelas teriam a mesma consequência da violação de uma qualquer obrigação. Daí que se for importante para uma das partes que não haja negociações paralelas, esta deverá insistir na inclusão de uma obrigação nesse sentido⁵⁸.

Com efeito, enquanto a interrupção das negociações sem justificação e a realização de negociações paralelas com terceiros, em geral, não são proibidas, tornam-se contrárias à obrigação geral de boa fé quando as partes se tornam tão profundamente envolvidas que sentem necessidade de gravar numa Carta de Intenção os pontos a que já chegaram a acordo.

Nestes casos, a tutela da confiança da parte de boa fé pode merecer maior proteção por um Tribunal do que nos casos em que não há tal Carta.

Consequentemente e, como já dissemos, a Carta de Intenção, amplia ou especifica, pelo menos, o âmbito e a intensidade da obrigação geral de negociar de boa fé⁵⁹.

advém da obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos causados com a violação dos deveres emergentes da boa fé. – Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 52.

⁵⁷ Que pode existir, nomeadamente, com a aposição de uma cláusula *Stand Still*, como veremos mais à frente.

⁵⁸ Mais à frente, abordar-se-á este tipo de cláusulas.

⁵⁹ Uma cláusula deste tipo poderá ser redigida da seguinte forma: *Após a assinatura desta Carta de Intenções as partes deverão continuar a negociar de boa fé, com a intenção de concluir o contrato o mais cedo possível.*

c. Cláusulas Best-Efforts

Este tipo de cláusula está muito ligado ao anterior, aparecendo, muitas vezes unidos na mesma cláusula – *As partes comprometem-se a empreender/ continuar as negociações de boa-fé, fazendo os seus melhores esforços no sentido de conduzirem as negociações a bom termo*⁶⁰.

Com esta cláusula, as partes estão a comprometer-se a ser diligentes em busca de um resultado – o contrato final⁶¹.

Esta consagração contratual – voluntária – de uma obrigação de empenho negocial, não eliminando de modo algum a liberdade de as partes não contratarem, tem uma força especial. Parece que, a partir daí, aquelas vagas justificações para quebrar a negociação já não serão aceitáveis⁶². Assim, se se diz que já não se quer contratar, porque se mudou simplesmente de perspectiva, a obrigação de empenho não é cumprida.

A responsabilidade civil pode, então, ter lugar sobre o incumprimento daquela obrigação voluntariamente assumida, quando de outro modo dificilmente operaria. Trata-se de responsabilidade pré-contratual, perspectivando-se, neste caso, esta cláusula, como dando um “conteúdo mais substancial” ao dever geral de negociar de boa-fé, funcionando como condição concreta e concretizante daquele dever geral, nomeadamente, no caso de ruptura das negociações sem causa justificativa⁶³.

Com efeito, os “melhores esforços” medir-se-ão pela diligência que uma pessoa prudente usaria na mesma situação^{64 65}.

⁶⁰ Este tipo de cláusulas é muitas vezes utilizado com o fim de mostrar a seriedade nas negociações. Por vezes, é mesmo pedido à contraparte a redação deste tipo de cláusulas, para provar a uma terceira entidade que há negociações sérias em curso, por forma a obter um financiamento, por exemplo.

⁶¹ No mesmo sentido, Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 109. – O que está aqui em causa é a assunção de uma obrigação de adoptar uma postura ativa, envidando esforços para alcançar o sucesso das negociações, com a celebração do contrato.

⁶² No entanto, se apesar de todos os esforços feitos para alcançar o acordo final as negociações se gozarem não haverá qualquer violação desta cláusula.

⁶³ Cfr. . E. SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), págs. 599 e 600.

⁶⁴ Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 129.

d. Cláusulas *Instruction to Proceed*

Neste tipo de cláusulas, uma das partes requer que a outra inicie a sua prestação contratual⁶⁶. Normalmente isto acontece durante as negociações, quando as partes ainda não chegaram a acordo sobre todos os aspectos que julgam essenciais, mas há pressa em iniciar os trabalhos⁶⁷.

No entanto, para todos os efeitos, estamos perante uma execução de um contrato antes da sua celebração⁶⁸ ⁶⁹. E isto importa riscos e problemas.

Desde logo, corre-se o risco de chegar ao fim das negociações e não haver contrato. E aí, como se vai receber? Quando se vai receber?

Se nada for estipulado, quem cumpriu como vai ser compensado? Recorremos ao instituto da responsabilidade civil? Ao enriquecimento sem causa?

Antes de mais, cumpre analisar e distinguir estes dois institutos.

A ideia comum aos dois mecanismos – do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil – é que há casos em que o enriquecimento ou o dano não deve ficar aí, não deve ser definitivamente adquirido (o enriquecimento) ou suportado definitivamente (o dano) por esse património, mas deve ser deslocado ou transferido para o património de outra pessoa. Tratam-se, assim, de duas técnicas distintas de restauração ou restabelecimento de um equilíbrio patrimonial perturbado, de dois processos através dos quais a ordem jurídica corrige a distribuição natural da riqueza ou a redistribui segundo exigências de justiça.

⁶⁵ Exemplo de uma cláusula deste tipo: *Após a assinatura desta Carta de Intenção, as partes comprometem-se a aplicar os seus melhores esforços na negociação com a intenção de concluir o contrato o mais cedo possível.*

⁶⁶ Em certos segmentos da atividade industrial, como a construção, o termo “Carta de Intenção” surge muito associado a este tipo de cláusulas, em oposição às Cartas de Intenção para simples memória de acordos parciais. – Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 108.

⁶⁷ Em alguns casos e, devido a essa pressa em iniciar os trabalhos, a aceitação da *instruction to proceed* é condição para a prossecução das negociações.

⁶⁸ Comumente designada por “antecipação do cumprimento do contrato final”.

⁶⁹ As Cartas de Intenção com este tipo de cláusulas são particularmente interessantes, à luz da *Civil Law*, dado que surgem numa intersecção entre a fase negocial e a fase de cumprimento do contrato. - Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 97.

Mas estes instrumentos de defesa dos bens e de garantia da estabilidade do património distinguem-se, desde logo, pelo diferente modo como tal ideia de proteção dos direitos ou dos bens atua e desenvolve em cada um.

No enriquecimento sem causa protege-se apenas – de um modo estático – a existência ou consistência dos bens, o simples poder de os ter ou manter, enquanto na responsabilidade civil se protege ainda – de um modo dinâmico – a liberdade de os mobilizar, adquirir e agir com eles ou sobre eles.

Na responsabilidade civil, o que provoca a reação da lei é a perda ou diminuição verificada no património de A (lesado) e não o possível aumento ou vantagem advindo ao património de B (lesante).

Pelo contrário, o que provoca a reação da lei no enriquecimento sem causa é a vantagem ou o aumento injustificado do património de A (enriquecido) e não a possível perda ou diminuição verificada no património de B (empobrecido). Assim, o que se pretende é que A fique colocado na mesma situação em que estaria se não fosse a deslocação patrimonial que o enriqueceu à custa de B⁷⁰.

Feita esta breve análise e distinção destes dois institutos, parece aplicar-se, no caso deste tipo de cláusulas, o enriquecimento sem causa desde logo porque não há aqui qualquer facto ilícito, não fazendo sentido indagar-se a respeito da culpa⁷¹, pressupostos da responsabilidade civil. Assim, cumpre ver com algum pormenor o seu regime.

No enriquecimento sem causa, enriquecimento injusto ou locupletamento à custa alheia, como é das diversas formas chamado, o credor da obrigação de restituir é a pessoa à custa de quem o enriquecimento se deu; o devedor é aquela que injustamente se locupletou à custa dele⁷².

⁷⁰ Cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, 1970, Pág. 21-27. A respeito do enriquecimento sem causa ver também LUÍS MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil – estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra, 2005.

⁷¹ Em sede de enriquecimento sem causa, não parece que a ausência de culpa do “empobrecido” deva ser erigida em requisito autónomo da restituição. Afigura-se que a culpa da pessoa que vem exigir a restituição não afasta, necessariamente, a existência de um enriquecimento por parte de outrem, nem constitui uma causa para esse enriquecimento e não deve excluir, automaticamente, a restituição. Reconhece-se, contudo, que, em certas situações, a exigência de restituição pode revelar-se abusiva e configurar um genuíno *venire contra factum proprium*, mas tal deve ser aferido *in casu*. – Cfr. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, 1998, Pág. 411 e 412.

⁷² Cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, 2000, Pág. 471.

Quando falamos no enriquecimento sem causa, podemos fazê-lo segundo uma concepção real, que corresponde ao valor objectivo da vantagem real adquirida, ou segundo uma concepção patrimonial, que corresponde ao saldo ou diferença para mais no património do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética). O “obtido” a que se refere o Art.º 479.º/1 do C.C. pode entender-se no primeiro ou no segundo sentido⁷³.

O enriquecimento ou locupletamento que a lei aceita, parece ser o “patrimonial”. Com efeito, no caso das cláusulas *instruction to proceed* de que estamos a falar, e pegando no exemplo de uma empreitada, o enriquecimento que deve ser considerado não será tão-somente o valor dos materiais empregues, mas sim o que o enriquecido precisaria de pagar para obter a mesma prestação.

Pressuposto do enriquecimento sem causa é a circunstância de o enriquecimento ter sido obtido “à custa”⁷⁴ do empobrecido, que explica e justifica que o enriquecimento seja transferido ou deslocado para o património do empobrecido.

Este instituto integraria a realização de uma prestação na sequência de uma *instruction to proceed*⁷⁵, em que o contrato final não se realizasse e as partes não tivessem acautelado essa situação, na medida em que parece não haver na lei outro meio de o empobrecido ser indemnizado ou restituído. Com efeito, é o enriquecimento sem causa subsidiário em relação aos outros mecanismos legais, cfr. Art.º 474.º do Código Civil⁷⁶.

⁷³ Cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, 1970, Pág. 29 e 30.

⁷⁴ A expensas dessa pessoa. A correlação exigida pela lei entre a situação dos dois sujeitos traduzir-se-á, em regra, no facto de a vantagem patrimonial alcançada por um deles resultar do sacrifício económico correspondente suportado pelo outro – Cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, 2000, Pág. 488 e 489.

⁷⁵ Estando consagrada uma cláusula deste tipo, não há dúvida de que o serviço prestado por uma das partes se reveste de valor para a outra. Acresce que fica demonstrado que a pessoa que prestou não o fez por sua própria iniciativa nem, tão pouco, com a intenção de realizar uma liberalidade, mas, antes, na expectativa de uma contrapartida. – Cfr. JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, 1998, Pág. 244 e 245.

⁷⁶ No mesmo sentido, e analisando diversas situações, veja-se JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, 2000, Pág. 500.

É importante ter ainda em atenção o facto de nestes casos o prazo de prescrição ser de três anos⁷⁷, nos termos do art.º 482.º. Se, contudo, os pressupostos do artigo em causa não se preencherem, o direito do credor prescreve, de igual modo, decorrido o prazo ordinário de prescrição de vinte anos⁷⁸.

Com efeito, numa cláusula destas, e para evitar problemas futuros, deve-se, necessariamente, estipular o que acontece se não houver contrato, o que vai ser pago e por quem, e quais os critérios que vão ser utilizados para apurar o valor a pagar, p. ex..

E aí, estipulado o que acontece no caso de as negociações de frustrarem, o que vai ser pago e por quem, a violação desta cláusula gerará responsabilidade contratual, nos termos do Art.º 798.º e ss., havendo presunção de culpa do devedor.

Contudo, e mesmo que exista esta estipulação expressa da compensação a pagar em caso de frustração das negociações, a parte que inicia a sua prestação sob uma *instruction to proceed*⁷⁹ tem todo o interesse no sucesso das negociações e celebração do contrato final.

⁷⁷ A razão de ser do prazo excepcional aqui fixado está na pressão que a lei pretende compreensivelmente exercer sobre o credor no sentido de usar o seu direito, logo que tenha os elementos necessários para agir: o conhecimento do direito que lhe assiste (dos elementos constitutivos do seu direito) e da pessoa do responsável. – Cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, 2000, Pág. 517.

⁷⁸ Cfr. Artigo 309.º do Código Civil.

⁷⁹ São exemplos de *instructions to proceed*:

- *Atendendo ao tempo disponível para implementação do projeto, estão autorizados a iniciar os trabalhos de investigação e implementação do projeto. No caso de as negociações se frustrarem, fica acordado o pagamento de 500,00 €, por cada dia de trabalho de “A”. A factura será apresentada a pagamento no prazo de 30 dias e o pagamento será feito até 30 dias após a recepção da mesma, por transferência bancária para o N.I.B. indicado na factura.*

- *No caso de “X” receber de “Y” a indicação para avançar, “X” deve preparar a carta do formulário constante do Anexo 1, e submetê-la à aprovação de “Y”, que terá de ser dada ou negada no prazo de cinco dias úteis, se tal carta for aprovada por “Y” e se, por qualquer motivo, o contrato final não puder ser finalizado, posteriormente, todos os custos e despesas incorridos por “X”, de acordo com a carta acima mencionada serão reembolsados por “Y”.*

e. Cláusulas *Stand Still* (com ou sem Cláusula Penal⁸⁰)

As cláusulas *Stand Still* ou *Lock-Out* estabelecem um dever de exclusividade.

Assim, são uma das formas de que se dispõe para assegurar que quem está a negociar conosco não nos está a usar para outra negociação, por exemplo.

Efetivamente, é diferente a estratégia negocial das partes consoante saibam que se encontram a negociar em concorrência com terceiros, ou quando julgam de boa fé serem o único interlocutor da contraparte. Neste último caso, o interesse das partes em conduzir uma negociação exclusiva merece ser tutelado, na medida em que se pode dar o caso de a parte não estar interessada na continuação das negociações a partir do momento em que sabe encontrar-se numa situação de concorrência⁸¹.

O interesse das partes, aqui, tem uma difícil tutela no âmbito do Direito.

Admite-se como contrário às regras da boa fé que alguém desencadeie uma negociação com o único fim de obter melhores condições para a celebração de um contrato com terceiro⁸².

Juridicamente, porém, sempre se admitiu a possibilidade de conduzir negociações com vários sujeitos, sem os informar da existência das negociações paralelas, o que não se pode considerar como uma situação de *culpa in contrahendo*.

Assim, as partes, quando quiserem acautelar esse interesse, devem, no exercício da sua autonomia privada, apor uma cláusula de exclusividade, através da qual assumem a obrigação⁸³ de, durante um lapso de tempo determinado⁸⁴, não desenvolverem negociações com mais

⁸⁰ A cláusula penal é a estipulação através da qual as partes convencionam uma determinada prestação – normalmente uma quantia em dinheiro - que o devedor deverá satisfazer ao credor em caso de não cumprimento ou não cumprimento perfeito; será compensatória ou moratória conforme tenha sido estipulada para o não cumprimento da obrigação ou para simples mora do devedor – Cfr. MOTA PINTO, *Direito Civil*, 1980, Pág. 204, *Apud* JOÃO MELO FRANCO E HERLANDER ANTUNES MARTINS, *Princípios e Conceitos Jurídicos*, Coimbra, 1983.

⁸¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 66.

⁸² É o caso da utilização de um terceiro para obtenção de um projeto de contrato, com o fim de “obrigar” o preferente a lançar mão do seu direito.

⁸³ Esta obrigação é uma obrigação de prestação factio negativo (não desenvolver uma negociação concorrente com outra entidade). – Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 67.

⁸⁴ Caso as partes não estabeleçam tal prazo, pode, de acordo com o Art.º 777.º/2 do Código Civil, ser requerida a sua fixação pelo Tribunal. Assim, através de ação especial para fixação judicial de prazos (prevista nos

ninguém, relativas à aquisição de objetos similares àquele que se encontra a ser objecto daquela negociação, ou fornecerem informações com vista a uma possível negociação, e consequentemente a, durante esse prazo, não celebrarem qualquer transação relativa a objecto parecido com aquele que se encontra a ser negociado⁸⁵.

A violação deste tipo de cláusula gera responsabilidade civil contratual nos termos do Art.º 798.º e ss. do Código Civil, não tendo de se fazer uma apreciação no caso concreto se há ou não violação do dever geral de boa fé, previsto no Art.º 227.º do Código Civil e, consequente responsabilidade pré-contratual.

No entanto, como numa situação de violação é difícil de provar e quantificar os danos, este tipo de cláusula é mais eficaz se associado a uma cláusula penal⁸⁶.

A cláusula penal está especialmente vocacionada, conforme a sua origem histórica, para atuar como instrumento de feição *compulsória*, em ordem a incentivar o rigoroso cumprimento das obrigações; constitui, *ao mesmo tempo*, segundo a perspectiva dominante, uma forma de *liquidação prévia do dano*^{87 88}, dispensando o credor, em caso de inadimplemento, de recorrer à indemnização que ela substitui⁸⁹.

Art.º 1026.º e 1027.º do Código de Processo Civil), a parte interessada, justificando o pedido da fixação de prazo, requer ao Tribunal que o faça.

“A fixação judicial de prazo só se justifica quando, não tendo as partes acordado na sua determinação, tal se torne necessário pela própria natureza da prestação, ou por virtude das circunstâncias que determinaram ou por força dos usos (...)” – Cfr. Ac. TRP de 24.01.2005, *in* ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2ª Ed. Revista e ampliada, Janeiro de 2014, Lisboa, Pág. 1054 e ss..

⁸⁵ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual*, *in* ROA, Ano 60 (2000), pág. 66.

⁸⁶ Esta cláusula será acessória da obrigação principal – neste caso, do dever de exclusividade – sancionando o seu inadimplemento.

⁸⁷ Tendo a cláusula penal por objetivo a fixação prévia da indemnização, compreendia-se que o credor não pudesse exigir um suplemento para a reparação do dano excedente se o houvesse. Todavia, o Direito Alemão permite ao credor reclamar o suplemento correspondente ao dano excedente, por se entender que a cláusula tem por fim facilitar e não limitar o direito do credor. Cá, isto ainda chegou a ser proposto por Vaz Serra, durante a preparação do “novo código”. Contudo, a sugestão não foi aceite, atendendo-se, para além de fatores como a segurança jurídica, à consideração de que na generalidade dos casos se pretende, com a adopção da cláusula, evitar discussões posteriores sobre o montante do dano. – Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., revista e atualizada, Coimbra, 1997, Pág. 75 a 80; as partes podem, porém, convencionar o direito ao ressarcimento desse dano excedente (cfr. art.º 811.º do C.C.)

No entanto, confere-se ao Tribunal o direito de reduzir a pena convencionada, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente. Embora isso não seja dito expressamente no Art.º 812.º do C.C., a redução terá de ser pedida pelo devedor, visto que para os negócios usurários, em geral, se

Com a estipulação de uma cláusula penal, o credor fica, desde logo, dispensado de fazer prova do dano – da sua existência, extensão e montante – com a vantagem de evitar, assim, um processo complexo e moroso, ao qual, além disso, é sempre inerente uma ineliminável margem de incerteza. Evita-se, também, o próprio custo de recorrer a Tribunal, com os inevitáveis incómodos e demoras⁹⁰.

f. Cláusulas de confidencialidade (com ou sem Cláusula Penal)

Os acordos de confidencialidade são, frequentemente, inseridos nas Cartas de Intenção⁹¹
⁹².

prescreve o regime da anulabilidade e não da nulidade (Art.º 282.º do C.C.). O pedido pode, todavia, ser formulado tanto por via de ação ou reconvenção, como por meio de exceção. – Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., revista e atualizada, Coimbra, 1997, Pág. 80 e ss., nota ao Art.º 812.º do C.C.;

⁸⁸ De notar que se a importância estipulada na cláusula penal for extremamente baixa ou puramente simbólica consagra uma irresponsabilidade absoluta, o que é proibido pelo Art.º 809.º do C.C.. – Cfr. ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 13ª Ed. Atualizada, 2001, Coimbra Editora; Esta proibição existe apenas para a renúncia antecipada. Assim, o credor pode não exercer qualquer um dos seus direitos, e pode, inclusivamente, renunciar em definitivo ao exercício de qualquer um deles, depois de o não cumprimento (*lato sensu*) se ter verificado. Querer seriamente constituir a obrigação e despojá-la à nascença dos meios coercitivos que dão vida à sua condição jurídica seria uma espécie de aliança do sim e do não, que o Direito não pode sufragar. – Cfr. - JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª Ed., 4ª Reimpressão, Coimbra, 2009;

⁸⁹ Esta dupla função não é pacífica. No âmbito da *common law*, distingue-se desde há muito entre a *penalty clause* e a *liquidated damages clause*, no entanto, esta distinção não teve eco nos países da *civil law*. – cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1999, 1ª Reimpressão.

⁹⁰ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1999, 1ª Reimpressão, pág. 30 e ss..

⁹¹ São até, muitas vezes, condição de abertura das negociações relativas a fusões ou aquisições de sociedades. Assim, estes acordos destinam-se a garantir o segredo das informações financeiras, técnicas e comerciais fornecidas pelo potencial vendedor ao potencial adquirente relativamente às sociedades objecto de negociação. - Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 64.

⁹² São exemplos de cláusulas de confidencialidade, que podem ser apostas a uma Carta de Intenção:

- *Tendo em conta a natureza reservada destes elementos, comprometemo-nos a guardar sigilo relativamente ao seu conteúdo e a não os usar para outros fins que não a negociação aqui visada.*

As negociações que abarcam a partilha de conhecimentos técnicos e *know-how*⁹³, são paradigma disso mesmo.

Em alguns tipos de negociações é, muitas vezes, necessário dar informação técnica para que a outra parte avalie o negócio que lhe é proposto⁹⁴.

Isto acontece também nos consórcios, em que os membros têm, muitas vezes, de fornecer ao líder do consórcio informação técnica suficiente que permita a preparação de uma oferta integrada à outra parte.

Nestes casos, as partes estão conscientes de que as negociações podem gorar-se, ou, no caso dos concursos, que o contrato final pode não ser adjudicado ao consórcio. Daí a preocupação em garantir a confidencialidade das informações fornecidas⁹⁵.

É de notar que se pode considerar o dever de confidencialidade muitas vezes decorrente do princípio geral de boa fé, e não estipulando as partes uma cláusula específica nesse sentido, consiste a sua violação num caso de *culpa in contrahendo*⁹⁶, tal como defende ANA PRATA⁹⁷.

- Durante a execução do estudo referido na cláusula anterior, a "X" disponibilizará ao 2º Contraente e aos seus sócios a informação sobre as lojas e/ou produtos razoavelmente necessários à realização do mesmo estudo, comprometendo-se o 2º Contraente, e os seus sócios, a guardar reserva sobre todos os dados que sejam segredos comerciais da "A" como tal classificados por esta.

⁹³ "A expressão "kwon-how", nos E.U.A., onde se originou, passou a fazer parte da linguagem corrente na década de quarenta. É a fórmula abreviada da expressão "to know how to do it" – PAUL DEMIN, *Le contrat de "know how": Etude de sa nature juridique et du regime fiscal des redevances des le Pays du Marché Commun*, Etablissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968, Pág.11. No contrato de "Know-How" – ou de "transmissão de saber fazer", na nomenclatura portuguesa adoptada pelo Professor MENEZES CORDEIRO (Cfr. *Do contrato de franquia ("Franchising") – Autonomia privada "versus" tipicidade negocial*, in ROA, Ano 48 (1988), pág. 73)– uma parte obriga-se, contra uma dada retribuição, a permitir à outra, por determinado período de tempo, o uso de certas fórmulas e procedimentos secretos técnico-industriais, não patenteados, de que é titular. – *Apud* . E. SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), pág. 575, nota 20.

⁹⁴ É o caso das fusões, por exemplo.

⁹⁵ Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 125.

⁹⁶ "A *ratio* do instituto da *Culpa in Contrahendo* é a tutela da confiança do sujeito na correção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporte a um conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos." – in ANA PRATA, *Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa, Pág. 25.

⁹⁷ In *Notas Sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa, Pág.63-65.

Este tipo de cláusulas, por vezes, é muito sofisticado⁹⁸. Assim, normalmente, contemplam um compromisso, da parte que recebe as informações, de não revelar as informações confidenciais recebidas, caso as negociações não resultem na celebração de um contrato final ou até no caso de deste ocorrer.

Por norma, indica-se na própria cláusula de confidencialidade qual a duração desta obrigação.

Quando as partes não estipulam esta duração, deve entender-se que permanecem até as informações deixarem de ser relevantes^{99 100}.

A violação da cláusula de confidencialidade¹⁰¹ gera responsabilidade contratual pelos danos causados, nos termos do Art.º 798.º e ss. do Código Civil.

Muitas vezes, na estipulação deste tipo de cláusulas as partes preveem uma cláusula penal¹⁰², com um determinado montante, para a sua violação. Isto é muito importante, à semelhança do que se disse nas cláusulas *Stand Still*, porque é muito difícil provar e quantificar os danos decorrentes da violação desta obrigação.

Nas cláusulas de confidencialidade, a cláusula penal deve ser mais complexa, porque uma só violação da obrigação de confidencialidade pode ser suficiente para revelar todo o “segredo”.

Assim, devemos prever as várias hipóteses na cláusula penal, porque será bem diferente a violação de dever de confidencialidade relativa a toda a informação, ou relativa a uma informação acessória de pouca relevância.

Esta cláusula penal, vai reforçar, ainda mais, este dever de confidencialidade e vai inibir a outra parte de o violar.

⁹⁸ “(...) indicando com muito detalhe não apenas a extensão das obrigações de segredo e o seu prazo de duração, mas também eventuais possibilidades de utilização futura da informação(...)” - Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 64.

⁹⁹ Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 125.

¹⁰⁰ Nos países da *Civil Law*, quando as partes não estabelecem a duração de uma obrigação, o Tribunal pode fazê-lo. – Cfr. RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994, pág. 125. Em Portugal, o Tribunal fá-lo nos termos em que se referiu na Nota 64.

¹⁰¹ A apropriação de ideias é o caso mais flagrante deste tipo de violação e cuja responsabilidade é mais fácil de imputar.

¹⁰² Encontra-se o seu regime explicado nas cláusulas analisadas anteriormente, as cláusulas *Stand Still*.

g. Cláusulas com Acordos Parciais

As cláusulas com acordos parciais são, muitas vezes, o mote da elaboração de uma Carta de Intenção e servem para memorizar/ cristalizar os aspectos em que as partes já chegaram a acordo^{103 104}.

Assim, as partes evitam, mais tarde, ter de voltar a discutir pontos que já estavam “assentes”¹⁰⁵.

Estas cláusulas são de relevância fundamental nas grandes negociações, em que há centenas ou milhares de pontos a discutir e em que as negociações podem levar meses ou anos até se chegar ao contrato final. Assim, vê-se facilitada a organização de negociações complexas.

Com efeito, as partes registam a existência de acordo sobre alguns pontos¹⁰⁶, especificando a decisão de continuar as negociações para tentar atingir o acordo completo, sendo livre, porém, a decisão de celebrar ou não o contrato.

Consequentemente, é óbvia a não existência de uma vinculação à celebração do contrato mas já não é tão clara a inexistência de responsabilidade pré-contratual¹⁰⁷, em caso de ruptura injustificada das negociações¹⁰⁸, nos termos do Art.º 227.º do Código Civil.

¹⁰³ Terá sido também, cronologicamente, a primeira finalidade atribuída às Cartas de Intenção.

¹⁰⁴ Note-se que, com este tipo de cláusula, as partes não pretendem inovar em nada o *status quo* negocial, mas apenas registá-lo, para fins de informação e de prova. - Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 98.

¹⁰⁵ Podem fazê-lo da seguinte forma: *Com a aceitação desta carta, compromete-se, no caso de decidir construir o empreendimento “X”, a realizar a construção de acordo com os termos e condições desta carta e dos documentos aqui referidos.*

¹⁰⁶ O acordo sobre estes pontos será, posteriormente, integrado no contrato final aquando da sua celebração, mas o seu conteúdo não tem força vinculativa *per se* até essa data. – Cfr. MARIANA FONTES DA COSTA, Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 151.

¹⁰⁷ Também, neste sentido, E. SANTOS JUNIOR, Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato, *in* ROA, Ano 57 (1997), pág. 603.

¹⁰⁸ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, *in* ROA, Ano 60 (2000), pág. 58.

h. Cláusulas com condição

As partes podem, também, registrar a existência de acordo sobre todos ou quase todos os elementos do contrato, mas tornar a sua efetiva celebração dependente de condições de natureza variada. Não se trata da celebração de contratos sujeitos a condição suspensiva ou resolutiva, mas antes de reenviar a conclusão do contrato para um facto futuro e incerto posterior, após a elaboração de uma minuta do mesmo¹⁰⁹.

Essas condições podem ser, por exemplo, a obtenção de licenças necessárias, ou a obtenção de um determinado financiamento junto de uma instituição de crédito.

Nos casos em que existe uma cláusula com condição numa Carta de Intenções, têm-se suscitado algumas dúvidas. A verificação da condição obriga à celebração do contrato? Há soluções diferentes em diversos casos judiciais. Mas o entendimento que se julga mais correto é o de não obrigar.

No entanto, estando já numa fase muito avançada das negociações, não poderá haver uma ruptura injustificada das mesmas, sob pena de responsabilidade pré-contratual, nos termos do Art.º 227.º do Código Civil.

i. Cláusulas “Quadro” das negociações

Estas cláusulas estipulam os moldes pelos quais se regerão as negociações, podendo definir, por exemplo, o calendário das negociações. Assim, poder-se-ão dividir os aspectos a negociar segundo um plano temporal pré-fixado.

A obrigação decorrente deste tipo de cláusula, no entanto, será sempre uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados.

Quanto mais específico for o programa contratual e identificar comportamentos objectivos, necessários à negociação, mais fácil será no futuro medir o nível de desempenho da outra parte, e

¹⁰⁹ Crf. MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000), pág. 58 e 59.

a sua responsabilidade, pois há presunção de culpa¹¹⁰. Estamos perante um caso de responsabilidade contratual, prevista nos Art.º 798.º e ss. do Código Civil.

Assim, imagine-se que na organização da negociação se estipula que à segunda-feira há uma reunião e a outra parte falta às primeiras cinco. Quem tem o ónus da prova? Deverá ser a outra parte a fazer prova, uma vez que se encontra em melhor posição para explicar o porquê de não ter comparecido e demonstrar que não houve culpa sua.

j. Cláusulas com a previsão de realização de uma “Due Diligence”

As cláusulas com a previsão de realização de uma “Due Diligence”^{111 112} são frequentes nas negociações que têm em vista a fusão ou aquisição de uma empresa.

Assim, com a realização da “Due Diligence”, o comprador consegue ver o estado em que se encontra a sociedade, perceber se tem interesse em comprá-la e identificar as suas fragilidades, no sentido de se conseguir proteger delas.

Muitas vezes, a “Due Diligence” realizada no âmbito destas negociações é, depois, anexada ao contrato final, funcionando como garantia do comprador.

¹¹⁰ Estamos perante um caso de responsabilidade contratual, previsto nos Art.º 798.º e ss. do C.C..

¹¹¹ É um processo de investigação e auditoria das informações empresariais, que visa confirmar os dados disponibilizados aos potenciais compradores ou investidores. Esse processo tem grandes variações dependendo da natureza e objetivo do negócio jurídico subjacente, mas essencialmente, centra-se em questões de ordem financeira, contabilística, fiscal, aspetos laborais, ambientais, imobiliários, de propriedade e até avaliação de riscos de negócio.

¹¹² São exemplos de cláusulas deste tipo:

- *Os termos do contrato, incluindo o preço e condições de pagamento, serão sujeitos a negociação, a qual, por sua vez, dependerá dos resultados da Due Diligence, a realizar nos próximos dois meses.*

- *A celebração de qualquer acordo relativo à aquisição aqui visada, dependerá da conclusão de um processo de Due Diligence às contas da “B” e das PARTICIPADAS com resultados satisfatórios para “A”.*

k. Cláusulas *Subject to Contract*

Nas Cartas de Intenção e, por forma a evitar dúvidas, muitas vezes faz-se uma menção expressa à necessidade de um futuro contrato escrito¹¹³, sem o qual as partes não ficam vinculadas. Assim, as partes acautelam-se contra a caracterização indevida do documento como contrato definitivo. É necessário que da redação resulte claro que no futuro se terá de celebrar o contrato, e não de fazer a sua mera formalização.

Neste caso, fazem uma menção inequívoca, por meio da qual as partes claramente rejeitam qualquer tipo de vínculo negocial aos termos da carta¹¹⁴. Com efeito, não estamos perante um contrato, a não ser que, em combinação com a execução parcial, documentos acessórios contradigam os termos da Carta, bem como com um forte costume local seja permitido pressupor que as partes estejam vinculadas, a despeito da manifestação em contrário¹¹⁵.

A eficácia desta cláusula também dependerá, em certa medida, do grau de consenso alcançado pelas partes, em combinação com a execução parcial. Ou seja, se a Carta de Intenções

¹¹³ Esta menção pode ser feita com a aposição de uma cláusula com o seguinte teor:

- *“Esta carta de intenções não nos vincula, excepto na medida em que reflète a nossa intenção celebrar um contrato escrito definitivo em relação à venda do imóvel descrito acima, sob o termos e condições aqui contidos.”* - Traduzido e adaptado - FABIANA D'ANDREA RAMOS, *O Efeito Vinculativo das Cartas de Intenções: Possibilidade de Execução Específica de Seus Termos*, in STEFAN GRUNDMANN, LL.M., *Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos*, 2008, Almedina, Pág. 175. Ou,

- *“Esta carta de intenção não é um contrato”* - In MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011, pág. 196

¹¹⁴ “Na prática internacional, a regra é pela não vinculação quando uma das partes deixa claro que o contrato não está concluído até sua formalização. Veja-se artigo 2.1.13. do Princípios de UNIDROT para contratos internacionais (2004) que dispõe: *“Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.”* – in FABIANA D'ANDREA RAMOS, *O Efeito Vinculativo das Cartas de Intenções: Possibilidade de Execução Específica de Seus Termos*, in STEFAN GRUNDMANN, LL.M., *Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos*, 2008, Almedina, Pág. 175, nota 54.

¹¹⁵ Cfr. FABIANA D'ANDREA RAMOS, *O Efeito Vinculativo das Cartas de Intenções: Possibilidade de Execução Específica de Seus Termos*, in STEFAN GRUNDMANN, LL.M., *Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos*, 2008, Almedina, Pág. 175.

expressar o acordo sobre os principais termos do futuro contrato e for iniciada a sua execução¹¹⁶, a manifestação de não vinculação provavelmente será ineficaz¹¹⁷.

I. Cláusulas de limitação da Responsabilidade

Podendo uma Carta de Intenções ter as mais variadas cláusulas, com diferentes efeitos, muitas vezes, as partes decidem limitar a responsabilidade que pode advir da mesma¹¹⁸
119.

¹¹⁶ Fala-se aqui numa execução fora do âmbito de uma *Instruction to proceed*.

¹¹⁷ Estaria em causa o princípio do *venire contra factum proprium*. Este princípio traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível.

O *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. Afasta-se, contudo, à partida a hipótese de o *factum proprium*, por integrar os postulados da autonomia privada, surgir como ato jurídico que vincule o autor em termos de o segundo comportamento representar uma violação desse dever específico; adicionar-se-iam, então os pressupostos da responsabilidade contratual e não os do exercício inadmissível de posições jurídicas. Assim, haverá *venire contra factum proprium*, numa de duas situações: quando alguém, em termos que especificamente não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado ato e, depois, o pratique e quando alguém, de modo também a não ficar especificamente adstrito, declare pretender avançar com certa atuação e depois se negue.– Cfr. ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 1985, Coleção Teses, Almedina, Pág. 742 e ss..

No domínio dos casos em que é aplicável a proibição do *venire contra factum proprium* há “responsabilidade pela confiança” e esta funciona, em regra, em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos.

Com o desenvolvimento da teoria do “abuso de direito”, este princípio começou a ser considerado como uma das manifestações daquele abuso.

Quanto ao quadrante próprio da proibição do *venire contra factum proprium* no âmbito do “abuso de direito” (Art.º 334.º do Código Civil), parece que tal proibição corresponde àquela parte da fórmula legal que considera ilegítimo o exercício de um direito, “quando o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé” – Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, 1991, Pág. 370.

¹¹⁸ Por forma a limitar a responsabilidade decorrente da Carta de Intenção, as partes podem estipular uma cláusula como:

No entanto, essa limitação nunca poderá ser total por violar o preceituado no Art.º 809.º do Código Civil¹²⁰. Note-se que, se o limite da responsabilidade consagrado na cláusula for extremamente baixo ou puramente simbólico, é como se consagrasse uma irresponsabilidade absoluta. Com efeito, nunca poderá ser afastada a responsabilidade por um comportamento doloso, contrário à boa fé¹²¹.

- A responsabilidade das partes pelo incumprimento das obrigações decorrentes desta Carta de Intenções, estão limitadas ao montante de 100 000 €. Ou,

- A responsabilidade do fornecedor por qualquer violação relativa a esta Carta de Intenções não deve, em caso algum, exceder cem por cento do valor do contrato ou a parte paga pelo comprador, o que for menor.

As partes não serão responsáveis por quaisquer danos indiretos, incluindo lucros cessantes.

¹¹⁹ Sobre este tema ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão, Coimbra, 2011.

¹²⁰ Nos casos de não cumprimento definitivo ou de mora do devedor, é nula qualquer cláusula em que o credor renuncie antecipadamente aos seus direitos. O legislador faz esta salvaguarda, uma vez que a renúncia a eles desfiguraria, de um modo geral, o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa obrigação natural, como se o credor perdesse o direito a exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo. – Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª Ed. Revista e Atualizada, 1997, Coimbra, Pág. 72 e 73, nota ao Art.º 809.º do C.C..

De notar que, tal como já se referiu quando se falou da cláusula penal, o credor não pode renunciar antecipadamente aos seus direitos. No entanto, pode fazê-lo depois de eles se constituírem ou pode, simplesmente, nunca chegar a exercê-los.

¹²¹ Assim, E. SANTOS JUNIOR, *in Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in ROA, Ano 57 (1997), pág. 600, considera que as partes podem, por exemplo, deixar claro que a ruptura das negociações, em qualquer momento e por qualquer motivo, não acarretará responsabilidade para aquele que as rompa. E num caso como este, em que não se trata de afastar deveres – decorrentes do dever geral de negociar de boa fé – aplicáveis no decurso das negociações, como o dever de veracidade das declarações, ou o de informação (seria inválida, desde logo, uma cláusula que eliminasse o dever geral de negociar de boa fé) parece que nada obsta à sua validade. Desta forma, e desde que não exclua a responsabilidade no caso de uma ruptura dolosa, não se vê qualquer impedimento.

m. Cláusulas com a Lei e Jurisdição Competentes

É frequente, nas negociações transfronteiriças, que as partes estipulem a Lei e Jurisdição competentes¹²².

n. Cláusulas de sujeição à Arbitragem

Neste tipo de cláusula¹²³, as partes fazem uma convenção de arbitragem¹²⁴ pela qual se obrigam a submeter a arbitragem eventuais litígios emergentes da Carta de Intenções, em que a mesma convenção se insere.

¹²² Esta carta de intenções deve ser interpretada e integrada de acordo com a Lei Portuguesa e ser submetida à jurisdição exclusiva dos Tribunais Portugueses.

¹²³ Cláusula Compromissória que poderá ser redigida, nomeadamente, de uma das seguintes formas:

- *Todas e quaisquer disputas, divergências ou dúvidas que possam surgir, entre as partes, em relação à interpretação de qualquer disposição desta carta ou do contrato, ou em conexão com o cumprimento ou não cumprimento do mesmo, ou o desempenho ou não desempenho de qualquer obrigação, nos termos e condições desta carta ou contrato, que não possam ser resolvidos amigavelmente pelas partes, devem ser resolvidos por meio de arbitragem.* - Traduzido e adaptado – Cfr. MARCUS LUTTER, *Der Letter of Intent. Zur Rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3ª ed., Colónia, 1998, pág. 163. Ou

- *Todos os litígios emergentes, relacionados com esta Carta de Intenção, deverão ser submetidos à Arbitragem.*

¹²⁴ Ver Regime Jurídico da Arbitragem Voluntária, Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro.

9. Breve Nota à violação de uma cláusula de uma Carta de Intenção

O incumprimento de uma Carta de Intenção ou de parte das suas cláusulas é gerador, certamente, de responsabilidade. No entanto, não é linear a natureza desta responsabilidade, os seus contornos, ou modos de operar.

Responder ou ser civilmente responsável¹²⁵, tem o sentido de impor a uma pessoa a obrigação de reparar um dano causado a outrem¹²⁶. Contudo, nesta rubrica da responsabilidade civil cabe tanto a responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais e da lei (*responsabilidade contratual*), como a resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem (*responsabilidade extra-contratual*)¹²⁷. Importa, ademais, referir que estes tipos de responsabilidade não são estanques, e que por vezes ao mesmo facto são imputados cumulativamente os dois tipos de responsabilidade civil.

Nesta abordagem, não se definirão os vários tipos de responsabilidade civil existentes nem a sua natureza e características, mas falar-se-á, tal como foi feito a propósito das várias cláusulas, da responsabilidade emergente das Cartas de Intenção.

¹²⁵ “O termo responsabilidade corresponde à ideia geral de responder ou prestar contas pelos próprios atos, o qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar de um ponto de vista ético *lato sensu* determinado ato e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento.

No primeiro sentido, a palavra responsabilidade apresenta-se com conteúdo normativo, significando a exigibilidade ao agente de que preste contas, de que justifique o ato, que dê as razões do seu procedimento. Claro está, para haver responsabilidade neste sentido, é necessário que o agente seja racional e livre e atue no uso das suas faculdades ou, por outras palavras, seja imputável. E é por isso que a palavra responsabilidade aparece frequentemente em sintonia com imputabilidade dizendo-se que uma criança de tenra idade ou uma pessoa totalmente demente não são responsáveis.

No segundo sentido apontado, a atribuição das consequências danosas a uma pessoa – ou até a uma coisa – assume carácter acentuadamente económico ou factual; fala-se, por exemplo, na responsabilidade de bens (Art.º 127.º/2 e 2071.º do C.C.) ou do património (Art.º 198.º, 1184.º, 1695.º, 1696.º do C.C.), ou diz-se que o proprietário é responsável pelos prejuízos casuais sofridos pela coisa de que é dono.” – in FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Reimpressão, 1995, Coimbra, Pág. 34 e 35.

¹²⁶ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, 1983, Coimbra, Pág. 5.

¹²⁷ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, 2000, Pág. 519 e 520.

Nas cláusulas de distribuição de despesas, nas cláusulas *instruction to proceed*, em que prevemos um montante a pagar em caso de não realização do contrato final, nas cláusulas *Stand Still*, nas cláusulas de confidencialidade e nas cláusulas “quadro das negociações”, em que se prevejam deveres específicos para as partes, apostas a uma Carta de Intenção, estipulam-se deveres puramente contratuais, gerando a sua violação responsabilidade contratual.

Neste tipo de responsabilidade estamos perante uma obrigação de indemnizar emergente da violação de um dever jurídico especial que tem a sua origem num contrato – dever esse que incumbe a pessoas determinadas¹²⁸, só por elas podendo ser violado¹²⁹. Com efeito, aqui, o que gera responsabilidade é o inadimplemento de uma obrigação contratual existente entre os sujeitos¹³⁰.

Neste tipo de responsabilidade presume-se a culpa (Art.º 798.º e ss. do C.C.).

Nas cláusulas de boa fé, nas cláusulas *Best-Efforts*, nas cláusulas com acordos parciais, ou nas cláusulas com condição, apostas a uma Carta de Intenção, o que está em causa é uma especificação ou densificação do dever geral de boa fé, previsto no Art.º 227.º do Código Civil¹³¹, gerando a sua violação *culpa in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade *in contrahendo* supõe a cumulativa verificação dos comuns requisitos da responsabilidade civil, a saber, um facto voluntário, positivo ou omissivo, do agente, o carácter ilícito desse ato, a culpa do seu autor e a ocorrência de um dano¹³² causalmente ligado ao ato.

¹²⁸ Esta tipo de responsabilidade implica, assim, a violação de um dever relativo – existente a cargo e em proveito de pessoas determinadas - e pressupõe a existência entre o autor do prejuízo e aquele que o sofre de uma relação jurídica particular, anterior ao surgimento do prejuízo ou dano, relação esta que falta na responsabilidade extra-contratual, pois aqui o nascimento de uma relação de direito só se verifica com a prática do facto danoso.

¹²⁹ Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, 1983, Coimbra, Pág. 7.

¹³⁰ Cfr. FRANCESCA GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale*, 1993, Milano, Pág. 231.

¹³¹ A formula da *culpa in contrahendo* prevista no artigo, muito lata, constitui um campo normativo muito vasto que permite aos tribunais a prossecução dos fins jurídicos com uma latitude grande de movimentos. Ficam, designadamente, cobertas três áreas por que, em termos históricos, se estendeu a figura antes de concebida pelo legislador de 1966: a dos deveres de proteção, a dos deveres de informação e a dos deveres de lealdade. – Cfr. ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1984, Colecção Teses, Almedina, Pág. 582 e 583.

¹³² Os danos em questão são, como aliás decorre da formulação da lei, todos os danos resultantes do procedimento censurável que está na sua origem, sem que haja uma limitação especial do montante da indemnização.

Quanto à ilicitude, cumpre dizer que, como se sabe, o Art.º 227.º, não enuncia especificamente as obrigações que impendem sobre a parte que negocia ou conclui o contrato, recorrendo, à cláusula geral da boa fé¹³³ e esta especificação é feita, através das cláusulas enumeradas anteriormente na Carta de Intenção.

Esta obrigação de indemnizar, decorrente da *culpa in contrahendo*, existe independentemente da formação posterior do contrato ou não¹³⁴.

De notar que há deveres que se podem dizer pré-contratuais, decorrentes do princípio da boa-fé, como o dever de sigilo sobre os factos relativos à contraparte, de que se tome conhecimento por causa das negociações¹³⁵, e que se tornam deveres contratuais puros quando estipulados numa cláusula de confidencialidade, inserida numa Carta de Intenção.

Ao trazerem as partes estes deveres para uma cláusula numa Carta de Intenção, e, algumas vezes, associados a uma cláusula penal, como se disse na análise destas, será muito mais fácil a reação ao seu incumprimento.

– Cfr. HEINRICH EWALD HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, Coimbra, Pág.474. Refira-se, porém, que esta posição está longe de ser pacífica entre a doutrina (nacional e estrangeira) e a jurisprudência, discutindo-se se a indemnização resultante da violação do dever de agir de boa fé nos preliminares e na conclusão do contrato não deve estar limitada ao denominado “interesse contratual negativo”; sobre este debate (que não cabe no âmbito deste trabalho), Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo* (2 vols.), 2008, Coimbra, especialmente vol. II, Págs. 1321 e ss.

¹³³ Cfr. ANA PRATA, *Notas Sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa, Pág. 36 e 37.

¹³⁴ O Art.º 227.º do C.C. não tem nada a ver com o próprio contrato e o seu cumprimento, uma vez que visa proteger um bem jurídico diverso. Este artigo visa proteger o próprio processo de formação do contrato em todas as suas fases (“tanto nos preliminares como na formação”). – Cfr. HEINRICH EWALD HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, Coimbra, Pág.474.

¹³⁵ Cfr. ANA PRATA, *Notas Sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa, Pág. 63-65.

CONCLUSÕES

1. A globalização da economia e a dimensão e complexidade das negociações dos últimos anos, desenvolveram nas partes, uma necessidade de criar segurança na negociação e uma necessidade de criar boas condições para a chegada a um contrato final, o que fizeram através do uso de instrumentos pré-contratuais.

2. Estes instrumentos podem dividir-se em “acordos não contratuais” e “acordos contratuais”.

3. Os “acordos não contratuais” servem, essencialmente, para determinar a forma como as negociações entre as partes se processarão ou para cristalizar o estado das mesmas em determinado momento. Apresentam como suas principais modalidades: as cartas de intenção, os *heads of agreement*, os *memoranda of understanding*, os acordos de negociação ou os contratos-quadro.

4. Os “acordos contratuais”, destinam-se a preparar ou coadjuvar a celebração de determinado contrato. Representam, em si mesmos, contratos autónomos perfeitamente vinculativos e definitivos entre as partes, situando-se já no plano da formação do contrato. Pertencem a este grupo os contratos-promessa, os pactos de preferência e os pactos de opção.

5. Independentemente do nome que se der ao acordo pré-contratual, o que interessa verdadeiramente é o que lá se estipular. Dependendo do que se disser, podemos ter desde um simples acordo de negociação a um contrato definitivo.

6. As Cartas de Intenção surgem no sistema da *common law* e como resposta aos problemas suscitados pelo princípio do “*all or nothing*”, segundo o qual, as partes, ou se encontram vinculadas por um contrato, ou não haverá qualquer vinculação no período negocial.

7. Através das Cartas de Intenção, os contraentes dos países da *common law* tentaram reduzir os riscos inerentes à falta de regulamentação da fase negocial.

8. Nos sistemas da *civil law*, este problema não era tão premente, uma vez que na generalidade dos seus países se consagrava o instituto da *culpa in contrahendo*.

9. No entanto, as Cartas de Intenção também se têm desenvolvido bastante nestes sistemas, como forma de as partes reforçarem esta responsabilidade pré-contratual e a obrigação de negociar de boa-fé na negociação em que estão inseridas, e de apor a estas, obrigações que julguem importantes.

10. Uma das principais características das Cartas de Intenção é a sua heterogeneidade. Elas são o que as partes fizerem delas.

11. O seu elemento definidor principal é a consideração pelas partes de que conservam a sua liberdade de celebração do contrato, tratando esta carta, como um episódio das negociações ainda não concluídas.

12. As Cartas de Intenção são muito utilizadas para mostrar seriedade nas negociações e como forma de transmitir segurança à outra parte.

13. Frequentemente são, também, utilizadas como “quadro” das negociações, isto é, de forma a descreverem em que termos devem ser feitas as futuras negociações.

14. A sua função mais importante é a de redução a escrito do processo negocial, de fixação dos pontos sobre os quais as partes já chegaram a acordo.

15. Para regular o processo negocial podem ser apostas às Cartas de Intenção cláusulas de confidencialidade, de exclusividade, de *Best-Efforts*, ou “quadro” das negociações.

16. Para regular a formação do contrato final, podem, as partes, na Carta de Intenção, fixar as cláusulas já acordadas e os termos que nele se pretendem incluir.

17. Apesar de raramente acontecer, as partes podem prever cláusulas de distribuição de despesas. A sua violação dá origem a responsabilidade contratual.

18. Com as cláusulas de boa fé e as de *Best-Efforts*, as partes, vêm reafirmar ou especificar o dever geral de boa fé previsto no Art.º 227.º do C.C. e comprometer-se a ser diligentes na busca do contrato final.

19. Nas cláusulas *instruction to proceed*, uma das partes requer que a outra inicie a sua prestação. Estamos perante a execução de um contrato antes da sua celebração, por isso, é muito importante que se estipule a forma de retribuição dessa prestação, no caso de as negociações se frustrarem e não haver contrato final.

20. As cláusulas *Stand Still* são a forma que as partes possuem de assegurar que têm a exclusividade da negociação e que a outra parte não anda em negociações paralelas. A violação do dever decorrente desta cláusula gera responsabilidade contratual.

21. Por vezes muito sofisticadas, as cláusulas de confidencialidade dão uma maior tranquilidade e segurança às partes de que as informações prestadas no âmbito da negociação não serão indevidamente utilizadas. Ao apor este tipo de cláusulas, as partes têm uma obrigação contratual pura e será mais fácil a reação ao seu incumprimento. Se nada for estipulado e, se considerar o dever de confidencialidade integrado no dever geral de boa fé, esta reação será mais difícil.

22. Quer as cláusulas de exclusividade, quer as de confidencialidade, podem ser acompanhadas de uma cláusula penal, tornando-se mais fácil de operar a responsabilização pela sua violação, uma vez que, é muito difícil a prova e a quantificação dos danos por ela causados.

23. Nas Cartas de Intenção e por forma a evitar dúvidas, muitas vezes, faz-se, através de uma cláusula *subject to contract*, menção expressa à necessidade de um futuro contrato escrito.

24. Podem, também, ser apostas às Cartas de Intenção, cláusulas de limitação da responsabilidade delas decorrente, mas não de exclusão dessa responsabilidade porque violaria o disposto no Art.º 809.º do C.C..

25. Com efeito, numa Carta de Intenção tanto podemos ter cláusulas que especificam o dever geral de boa-fé previsto no Art.º 227.º do C.C. e que geram responsabilidade pré-contratual, como cláusulas que preveem deveres específicos para as partes e cuja violação gera responsabilidade contratual pura.

ÍNDICE DA BIBLIOGRAFIA CITADA

- ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2ª Ed. Revista e ampliada, Janeiro de 2014, Lisboa, Ediforum;
- ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 13ª Ed. Atualizada, 2001, Coimbra Editora;
- AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, Porto, 2006;
- ANA PRATA, *Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, 1991, Lisboa;
- ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, 2001;
- ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1984, Coleção Teses, Almedina;
- ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 1985, Coleção Teses, Almedina;
- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2ª Reimpressão, Coimbra, 2011;
- ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, 1ª Reimpressão, Coimbra, 1999;

- BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991;
- BAPTISTA MACHADO, *Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, 1991;
- E. SANTOS JUNIOR, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in *ROA*, Ano 57 (1997);
- FABIANA D’ANDREA RAMOS, *O Efeito Vinculativo das Cartas de Intenções: Possibilidade de Execução Específica de Seus Termos*, in STEFAN GRUNDMANN, LL.M., *Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos*, 2008, Almedina;
- FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Reimpressão, 1995, Coimbra;
- FRANCESCA GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale*, 1993, Milano;
- FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, 1970;
- HEINRICH EWALD HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, Coimbra;
- INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, 2002;
- JOANNA SCHMIDT, *Négotiation et conclusion de contrats*, Paris, 1982;
- JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, 2000;
- JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª Ed., 4ª Reimpressão, Coimbra, 2009;
- JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de direito civil e processo civil (Pareceres)*, Coimbra, 1996;

- JOÃO MELO FRANCO E HERLANDER ANTUNES MARTINS, *Princípios e Conceitos Jurídicos*, Coimbra, 1983;
- JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983;
- JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2009;
- JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, 1998;
- MARCUS LUTTER, *Der Letter of Intent. Zur Rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3ª ed., Colónia, 1998;
- MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, 1ª ed., Porto, 2011;
- MÁRIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª Ed. Revista e Aumentada, 2005, Coimbra;
- MENEZES CORDEIRO, *Do contrato de franquia (“Franchising”) – Autonomia privada “versus” tipicidade negocial*, in ROA, Ano 48 (1988);
- MENEZES LEITÃO, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in ROA, Ano 60 (2000);
- MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil – estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra, 2005;
- MOTA PINTO, *Direito Civil*, 1980;
- PAUL DEMIN, *Le contrat de “know how”: Etude de sa nature juridique et du regime fiscal des redevances das le Pays du Marché Commun*, Etablissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968;
- PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1987;

- PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., revista e atualizada, Coimbra, 1997;
- RALPH B. LAKE E UGO DRAETA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, 2ª ed., New Hampshire, 1994.
- STEFAN GRUNDMANN, LL.M., *Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos*, Almedina, 2008;

