

A RESPONSABILIDADE POR PROSPECTO
E A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

ANOTAÇÃO

ao Acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993.

(Acção proposta pelo Banco Mello
contra o Banco Pinto e Sotto Mayor)

Pela Dr.^a Rita Amaral Cabral

II.

1. *A razão de ordem.*

O acórdão acima transcrito, e que se passará a apreciar, julgou questão sobre que recaíu parecer da autoria do Prof. Manuel Gomes da Silva, e em cuja feitura a signatária da presente anotação colaborou.

A circunstância de se tratar de decisão fundada na responsabilidade por informações seria suficiente, de per si, para justificar a respectiva análise. Na verdade, trata-se de domínio onde se entrecruzam alguns dos problemas mais interessantes com que deparam os juscivilistas neste final do século: desde a ressarcibilidade dos danos económicos, à revisão da teoria das fontes das obrigações ⁽¹⁾.

(¹) Cf. JOHANNES KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag/Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen, Mohr, 1981, pág. 420 e JOÃO BAPTISTA

Mas, a este motivo, outros acrescem. O primeiro dos quais se prende com o carácter precursor do juízo em apreço que é, até ao momento, o único aresto publicado a versar a responsabilidade por prospecto em face do ordenamento nacional. O facto de haver surgido numa altura em que, na maioria dos sistemas jurídicos europeus, já existia uma abundante jurisprudência sobre a temática, apenas serve para evidenciar a importância já assinalada.

O relevo do acórdão decorre, ainda, de ele se afastar da orientação restritiva que, até agora e em escassas sentenças, os tribunais portugueses têm adoptado quanto à responsabilidade por informações (2). Acolhendo o rumo comum à mais moderna dogmática obrigacionista, constitui um precedente que, a ser seguido, bem pode servir para refutar a crítica endereçada, expressamente, ao Código Civil, em artigo doutrinário publicado em Itália (3). De acordo com esta opinião, o legislador pátrio haveria retomado, em 1966 e com o artigo 485.º do Código Civil, a solução anacrónica do § 676 do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão, estando, por isso mesmo, condenado a «clamoroso insucesso» na via da tipificação da responsabilidade por informações (4).

Finalmente, e não será esta a razão menos ponderosa para explicar o comentário que agora se inicia, existe um desencontro entre os argumentos aduzidos pelo juiz-árbitro que votou vencido e os considerandos justificativos invocados para alicerçar o teor do julgado. Discrepância que eventualmente tornará menos supérfluo o esclarecimento do bem fundado da decisão.

MACHADO, A *Cláusula do Razoável* in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Juridica, pág. 547.

(2) Cf. RITA AMARAL CABRAL, *Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 1992* in «Revista de Direito e Estudos Sociais», ano XXXV, (1993), págs. 334-335.

(3) Cf. FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte* in «Contratto e impresa», ano 7.º, (1991), (págs. 539-577), pág. 540. Sobre as mais recentes orientações dogmáticas na matéria v. JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

(4) Cf. FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Itinerari europei cit.*, pág. 540.

2. Os termos do litígio.

Em 6 de Maio de 1991, por operação que decorreu em sessão especial da Bolsa de Valores de Lisboa, a U.I.F. — UNIÃO INTERNACIONAL FINANCEIRA (SGPS), SA e outras entidades pertencentes ao GRUPO MELLO, adquiriram ao BANCO PINTO E SOTTO MAYOR acções representativas de 95,47% do capital social da SOCIEDADE FINANCEIRA PORTUGUESA.

Os títulos alienados haviam sido transferidos, pelo Estado, para o BANCO PINTO E SOTTO MAYOR a fim de este proceder à respectiva privatização, encaixando as correspondentes receitas, nos termos do Decreto-Lei n.º 138-A/91, de 9 de Abril, e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/91, de 12 de Abril (5).

Decorridos cerca de três meses sobre a venda, a SOCIEDADE FINANCEIRA PORTUGUESA foi chamada a honrar duas garantias bancárias *on first request*, no valor aproximado de dois milhões de contos, prestadas pela anterior administração à IBEROL — SOCIEDADE IBÉRICA DE OLEAGINOSAS, S.A. e emitidas respectivamente, em 17 de Dezembro de 1990 e em 30 de Janeiro de 1991. *O crédito assim prestado correspondia a 39,4% dos fundos próprios da Sociedade Financeira Portuguesa e orçava em cerca de 17% do valor atribuído, pelo Governo, a esta sociedade.*

Ambas as garantias eram ignoradas pelo GRUPO MELLO nunca havendo sido ponderadas na avaliação da empresa — balanço trimestral e exame das demonstrações financeiras — levada a cabo por consultor independente (*Arthur Andersen & Co.*), nos termos da Lei-Quadro das Privatizações. E tão-pouco constavam do Prospecto Oficial, datado de 15 de Abril de 1991 e distribuído de acordo com o Decreto-Lei n.º 8/88, de 15 de Janeiro. Em momento posterior, demonstrou-se que a primeira garantia só havia sido contabilizada na escrita da SOCIEDADE FINANCEIRA PORTUGUESA, escassas semanas antes da oferta pública de venda, enquanto que a segunda, embora projectada nas rubricas extra-patrimoniais do Balanço Sintético e do Balancete analítico, ambos de 31 de Março de 1991, não o

(5) Tratou-se de privatização, e não de reprivatização, porque a Sociedade Financeira Portuguesa era uma empresa pública, cujo capital nunca fora detido por privados.

fora de modo individualizado. *Ou seja, registara-se o correspondente aumento do crédito concedido, mas sem especificar que este beneficiava uma única entidade e sem identificar esta.*

Ficou, ainda, provado que já em Fevereiro de 1991 existiam indícios de que a IBEROL-SOCIEDADE IBÉRICA DE OLEAGINOSAS, S.A., se encontrava na iminência de cessar pagamentos e não dispunha de meios que permitissem solver a dívida garantida.

O GRUPO MELLO denunciou a ilicitude ocorrida no âmbito dos preliminares que haviam antecedido a venda, pedindo o imediato ressarcimento dos danos sofridos. O BANCO PINTO E SOTTO MAYOR propôs uma arbitragem de acordo com a equidade, a qual foi aceite. Na convenção de arbitragem foi estipulada a legitimidade do BANCO MELLO, S.A., para representar os compradores. Na sequência do processo arbitral foi proferido o acórdão acima transcrito.

3. O juízo de equidade.

FRANCESCO GALGANO sustenta que, nos dias de hoje, «mais ou menos metade» das convenções de arbitragem e das cláusulas compromissórias remetem para o juízo equitativo ⁽⁶⁾. E denuncia e critica a circunstância de se haver radicado nos juízes-árbitros uma concepção nos termos da qual a equidade se contrapõe ao direito positivo, permitindo um julgamento segundo critérios que se atêm apenas ao caso individual e que, nas palavras daquele autor, transformaram «a justiça *do* caso concreto, em justiça *para* o caso concreto» ⁽⁷⁾.

Sobre as relações entre equidade e direito, confrontam-se, essencialmente, duas noções ⁽⁸⁾. A primeira é alcançada através de uma

⁽⁶⁾ Cf. FRANCESCO GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale* in «Contratto e impresa», ano 7.º, (1991), (págs. 461-478), pág. 463. V. ainda no sentido da frequência de tal remissão, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Decisão Segundo a Equidade*, in «O Direito», ano 122, (1990), (págs. 261-280), pág. 261.

⁽⁷⁾ Cf. FRANCESCO GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., pág. 462.

⁽⁸⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Lisboa, Almedina, 1984, págs. 1198-1199; *idem*, *A Decisão Segundo a Equidade*, cit., págs. 266-267 e JOSEF ESSER, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht in Wege der Rechtsgewinnung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1990, (págs. 141-159), págs. 148-149.

reflexão sobre o próprio conceito e defende que o julgamento *ex aequo*, contrastando com o jurídico, é por isso não jurídico e corresponde à sentença que surge do espírito do julgador perante os factos; à decisão salomónica que vale para o caso *sub judice* e para mais nenhum outro. Enfim, ao juízo que supõe a aceitação do «*summum jus, summa injuria*»⁽⁹⁾.

A segunda posição é atingida com o auxílio da experiência histórica. Parte da concepção aristotélica que aceita um *continuum* entre direito e equidade, apreendendo esta como uma correcção das lacunas e inadequações que inevitavelmente surgem por força da generalidade da lei⁽¹⁰⁾. E colhe os contributos do *jus praetorium* romano definido como aquele «*quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civili gratia*»⁽¹¹⁾; e da *equity* inglesa formada de acordo como o célebre aforismo «*equity follows the law*»⁽¹²⁾.

A opção por um ou outro entendimento tem consequências decisivas no sentido do juízo a proferir. A dilucidação prestada pelo tribunal acerca da ideia perfilhada é, assim, de utilidade óbvia.

No caso em apreço, o acórdão assinalou com clareza o caminho escolhido, afastando o recurso a fundamentos não jurídicos e a possibilidade de arbítrio e apelando à formulação aristotélica e à concepção de equidade como superação das deficiências nascidas do carácter genérico da previsão legal. A referência expressa, feita no início, explica e justifica o julgamento e permite delimitar a respectiva *ratio decidendi*. Assim, porque só poderiam desviar-se do direito positivo

(9) Cf. CLAUDIUS DIETER SCHOTT, *Billigkeit und Subjektivismus — ein historisches Problem in Festschrift für MAX KELLER zum 65 Geburtstag, Zürich, Schulthess, 1989, págs. 745-756.*

(10) Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)*, I, A Crise, Coimbra, Almedina, 1967, págs. 318-319; CHAÏM PERELMAN, *La Justice in Ethique et Droit*, Bruxelles, Ed. Université Bruxelles, 1990, (págs. 13-85), págs. 46-55; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, págs. 211-213. V. ainda o Acórdão do Tribunal Arbitral de 22 de Agosto de 1988 in «O Direito», ano 121, (1989), (págs. 591-638), pág. 603.

(11) PAPIANUS, D. 1.1.7.

(12) Cf. KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, vol. I, *Grundlagen*, 2.ª ed., Tübingen, Mohr, 1984, pág. 222.

se a aplicação deste se revelasse iníqua, desequilibrada ou desproporcionada em face do caso concreto, os juízes-árbitros abrigaram-se nas soluções do ordenamento português e julgaram em face destas. E sempre que a recondução do conflito ao direito positivo não determinou qualquer desmesura ou injustiça, o acordão não mitigou, nem se arredou das normas da lei.

A conveniência da alusão ao sentido eleito fica definitivamente esclarecida quando se examina a divergência que surgiu entre os juízes a propósito do montante da indemnização que o tribunal condenou uma das partes a pagar à outra.

O juiz-árbitro que votou vencido defendeu uma certa proporção, fundada na equidade, para quantificar a medida da culpa das partes. Preconizou juízo não depreendido do direito vigente — o artigo 570.º do Código Civil não prevê a possibilidade de uma apreciação equitativa — e não explicitou os critérios que presidiram a tal avaliação⁽¹³⁾. Advogou, assim, julgamento não transponível para outro caso, em coerência com a sua ideia de equidade, nos termos da qual com esta «se pretende obter a justiça *para* o caso concreto»⁽¹⁴⁾.

Esta posição, defensável em abstracto, estaria, porém, sempre vedada aos juízes cuja opinião fez vencimento no caso em apreço. E isto, precisamente, em virtude do conceito diverso de equidade que, logo no começo do aresto, proclamaram sustentar.

4. *A estrutura formal do acordão.*

O aresto em exame apresenta-se dividido em quatro partes, epigrafadas respectivamente: A) Dos factos relevantes dados como provados; B) Dos trâmites processuais; C) Dos pressupostos processuais; D) Da matéria de direito. Da decisão e da sua fundamentação.

⁽¹³⁾ No sentido de que o artigo 570.º não remete para a equidade v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., vol. II, pág. 1202.

⁽¹⁴⁾ Cf. Observe-se que o advérbio «*para*», sublinhado no original do voto de vencido é, precisamente, o que GALGANO emprega para identificar o juízo que critica. V. FRANCESCO GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., pág. 462.

Não foi, nestes termos, adoptada a estrutura definida no artigo 659.º do Código do Processo Civil, para as sentenças. Nem tinha de o ser ⁽¹⁵⁾. Na Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto falta qualquer remissão para aquele preceito. Aliás, mesmo no âmbito dos processos que correm nos tribunais estaduais, a inobservância da ordenação definida pelo mencionado artigo 659.º não determina, por si só, vício ou irregularidade na decisão. Desde que se hajam reunido os pressupostos de existência do acórdão e não se verifique um dos fundamentos de nulidade, elencados de forma exaustiva no artigo 668.º do Código de Processo Civil, o desrespeito pelo esquema formal adoptado na lei processual é despciendo, reconduzindo-se, como sugere o juiz árbitro ALMEIDA COSTA, a uma subjectiva «*questão de estilo*».

Tão-pouco se afigura problemática ou inconveniente a apresentação, feita no juízo, dos factos ponderados pelo tribunal.

As autorizadas opiniões citadas nos n.ºs 1 e 2 da declaração de voto de vencido para justificar a adopção de critérios alternativos na selecção dos eventos relevantes, correspondendo sem dúvida «a orientação indiscutida desde longa data», reportam-se, todavia e em exclusivo, à especificação e ao questionário.

Não incidem, portanto, sobre o julgamento final. Ora, é este e só este que está em causa. De facto, a secção A) do acórdão, tal como a D), integram o juízo que pôs termo ao litígio. O que significa que aquelas considerações só serão extensíveis e aplicáveis à sentença ou ao acórdão, caso ocorra uma «*eadem ratio*» e se demonstre que as razões que ditam certa explicação quanto à triagem de acontecimentos a incluir na especificação e no questionário, valem também para as respostas do colectivo ao questionário e para o julgamento.

Ora, tal similitude nem é invocada, nem parece existir.

Com efeito, a especificação e o questionário, não devendo trazer um pré-julgamento, hão-de constituir «listas neutras de factos» em que se possa alicerçar a produção de prova e a decisão de direito. A prova, por sua vez, só pode ter como objecto factos simples, e não inferências ou juízos. E aquelas peças instrutórias devem compreen-

(15) Cf. neste sentido ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão de 31 de Março de 1993* in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 126.º, (1993), n.º 3831, págs. 180-181, nota (1).

der todos os eventos hipoteticamente relevantes para a decisão da causa, de acordo com as diversas soluções plausíveis que a lide possa vir a ter.

Estas exigências são impostas pela circunstância de a especificação e o questionário serem elaborados antes da apresentação da prova e da discussão, e de o desfecho da questão jurídica depender da matéria de facto que ficar demonstrada. O juiz não deve, por isso, seleccionar os factos de acordo com o seu critério pessoal ou de harmonia com a solução jurídica por ele preconizada. A não ser assim, esta fase equivaleria a um pré-juízo. Tanto mais de evitar quanto havendo a possibilidade de recurso e de uma divergência de julgados, a limitação do saneamento e da condensação aos conceitos do juiz de 1.^a instância, deixariam o tribunal de recurso privado de base de facto para decidir. A discriminação rigorosa dos factos relativamente às questões jurídicas é essencial porque o tribunal colectivo que intervém nas acções cíveis, em 1.^a instância, só pode conhecer da matéria de facto quesitada.

Ora, nenhuma destas razões é transponível para o julgamento final.

Enquanto pelos motivos atrás indicados, a especificação e o questionário devem alargar-se a todos os factos que interessem à lide, a fundamentação do acórdão deve incluir todos os eventos, ou apenas aqueles, que o tribunal entenda que serviram de suporte à decisão proferida.

Além disso, a decisão final tanto abarca factos, como juízos de valor relativos a estes ou ao direito e a invocação de normas jurídicas.

Finalmente, a distinção entre matéria de facto e matéria de direito é absolutamente irrelevante quando, como acontece no caso em apreço, é o mesmo tribunal colectivo que julga os factos e o direito⁽¹⁶⁾.

Objecto de divergência entre os juízes é a secção A) do acórdão. Ou seja: é uma parte da decisão final e não qualquer diligência instrutória, peça processual ou actividade probatória anterior. As objecções suscitadas seriam atendíveis se dirigidas a uma especificação.

(16) Cf. ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão de 31 de Março de 1993* in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 126.º, (1993), n.º 3831, págs. 190 e 192.

Mas são impróprias quando endereçadas a um julgamento. Como resulta, de modo elucidativo, da alusão a um eventual pré-julgamento que viciaria aquele capítulo do aresto. É que, por definição, não pode haver um pré-juízo, no juízo definitivo. O que está em causa é a decisão final que põe cobro ao litígio. E que não restringe ou condiciona qualquer ulterior e inexistente sentença ⁽¹⁷⁾.

Em suma: o acórdão em apreço não adoptou a ordem consagrada pelo artigo 659.º do Código do Processo Civil e incluído, na secção A) da fundamentação, juízos de facto, juízos de valor relativos a estes e ao direito e a referência à invocação de normas. Não valendo para o julgamento final a limitação a factos imposta ao questionário e à especificação e, devendo aquele juízo aludir a todos os eventos que o tribunal entenda seleccionar de acordo com o seu critério, o aresto não apresenta, desta perspectiva, qualquer irregularidade. Não sendo vinculativa a ordenação apontada pelo artigo 569.º, tudo redundando, afinal, em mera questão de forma sem relevância processual.

5. *A delimitação dos fundamentos jurídicos do acórdão.*

Observando o disposto no n.º 3 do artigo 23.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, o tribunal delimitou, com o rigor necessário, as razões da decisão final.

Na verdade, no n.º III da parte D), o aresto indica a responsabilidade por violação culposa do dever de informar como causa da condenação do BANCO PINTO & SOTTO MAYOR. E, no seguimento desta referência inicial, o vínculo cujo desrespeito se situa na origem da responsabilidade é reconduzido à legislação sobre prospectos, à tutela da confiança e ao dever de boa fé nesta inspirado.

No n.º IV, o acórdão dispõe, ainda, que a determinação do objecto do dever de ressarcimento, nascido daquelas formas de responsabilidade, se pauta pelo regime que se contém no artigo 561.º e seguintes do Código Civil, designadamente pelo princípio da restauração natural.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, págs. 189-190, nota ⁽²⁾ e pág. 191, onde se reconhece «não ser possível proceder» à acusação de um pré-julgamento.

Nesse mesmo número, exclui-se, expressamente, a apreciação do apelo feito pelos autores à disciplina da compra e venda de coisas defeituosas ou oneradas. Considerando o interesse das normas legais que tutelam o comprador, precludido pelas soluções de responsabilidade acima mencionadas, os juízes dispensaram-se de examinar a complexa questão da aplicabilidade daqueles preceitos do Código Civil à alienação de empresas⁽¹⁸⁾.

A possibilidade de identificar com clareza a *ratio decidendi* é essencial num julgamento *ex aequo ed bono*. Só assim se poderão inferir os critérios que, permitindo reconduzir outros casos àquele juízo, asseguram que este não corresponde ao arbítrio do tribunal. O que tem importância decisiva quando o aresto começa por proclamar que adopta uma concepção nos termos da qual a equidade se não contrapõe ao direito⁽¹⁹⁾.

6. A responsabilidade por prospecto e a responsabilidade pré-contratual.

Como atrás se mencionou, o acordão distingue a responsabilidade por prospecto, da que é cominada no artigo 227.º do Código Civil, e considera que na situação em apreço se concretizam os pressupostos de ambos os institutos.

Afigura-se correcto tal modo de enquadrar o problema. Mas o mesmo requer que sejam brevemente confrontadas as duas formas de responsabilidade.

Na década de 60, o extraordinário desenvolvimento das economias norte-americana e alemã e a existência constante de capitais à procura de aplicação, quer através do mercado cambial, quer por meio de novas formas de investimento, vieram revelar a absoluta essencialidade de um adequado esclarecimento dos investidores.

(18) Decide o acórdão: «Assim sendo, torna-se no entendimento deste tribunal, *desnecessário* examinar o debate relativo à aplicação da disciplina respeitante à compra e venda...», (uma vez que a tutela do adquirente) «...coincidirá no caso presente com a respeitante à violação das obrigações a que atendemos anteriormente».

(19) Cf. FRANCESCO GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., págs. 473-476.

Demonstrou-se que a ausência de fiscalização do conteúdo dos prospectos — documentos em que são prestadas as indicações necessárias à avaliação dos investimentos anunciados — e dados falsos deles constantes estavam na génese da maioria dos casos que reclamavam a intervenção dos tribunais ⁽²⁰⁾. Foi neste contexto que se formou a chamada responsabilidade por prospecto, hoje generalizada e consagrada nos sistemas jurídicos a que corresponde uma economia concorrencial⁽²¹⁾.

Com efeito, nos últimos vinte anos sucederam-se as tentativas por parte das instâncias judiciais, dos diversos legisladores e também das autoridades comunitárias para assegurar aos agentes económicos uma informação susceptível de garantir a racionalidade das respectivas decisões ⁽²²⁾.

Portugal procurou adoptar um modelo que se não afastasse dos critérios europeus.

Os primeiros dispositivos que regularam a informação na bolsa e o prospecto — o artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 8/74, de 14 de Janeiro; o Decreto-Lei n.º 235/87, de 12 de Junho, e o artigo 2.º do

⁽²⁰⁾ Cf. sobre esta evolução HELMUT COING, *Haftung aus Prospektwerbung für Kapitalanlagen in der neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes* in «Wertpapier — Mitteilung», ano 34, (1980), págs. 206 e segs. e AXEL GRANNEMANN, *Prospekthe-rausgeberhaftung auf den grauen Kapitalmarkt*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1988, págs. 18 e segs.

⁽²¹⁾ Cf. HEINZ-DIETER ASSMAN, *Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nachdeutschem und US-amerikanischem Recht*, Köln, Carl Heymanns, 1985, págs. 7 e segs.; GUIDO FERRARINI, *La Responsabilità da Prospetto/Informazione Societaria e Tutela degli Investitori*, Milano Giuffrè, 1985, págs. 4 e segs.; HAYMO HARTMANN, *Haftung für Vermögensschäden im Zusammenhang mit der Herausgabe von Prospekten über Abschreibungsgesellschaften*, Passau, 1989, págs. 2 e segs.; KLAUS BRONDICS/JÜRGEN MARK, *Die Aktiengesellschaft*, ano 34, (1989), págs. 339-341; GUNTHER WUST, *Präventiver und repressiver Rechtsschutz bei Anlegerwerbung und Anlagevermittlung* in «Juristen Zeitung», ano 44, (1989), págs. 67-71; JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, págs. 97 e segs.; HORST ROLLER, *Die Prospekthaftung in Englischen und in Deutschen Recht*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, págs. 24 e segs.

⁽²²⁾ V. a recente Directiva Comunitária n.º 93/22, de 10 de Maio de 1993 relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, in «Revista da Banca», n.º 26, (1993), págs. 175-218.

Decreto-Lei n.º 8/88, de 15 de Janeiro — impunham a comunicação de um mínimo de esclarecimentos relativos a certas transacções e sancionavam com coimas a inobservância de tal dever.

Nestes termos, o n.º 3, do artigo 2.º do já citado Decreto-Lei n.º 8/88, em vigor à data da transacção sobre que se pronunciou o acórdão em exame, estatua:

«2 — O prospecto deve conter as informações que, de acordo com as características da entidade emitente e dos valores mobiliários cuja admissão à cotação oficial é requerida, sejam necessárias para que os investidores possam ter um conhecimento fundamentado sobre o património, situação financeira, resultados e perspectivas da entidade emitente, bem como dos direitos ligados a esses valores mobiliários».

Este preceito disciplinava, assim, a informação injuntiva prestada aquando da admissão de valores mobiliários à cotação oficial numa bolsa de valores, delimitando o respectivo objecto e apontando a sanção aplicável à sua inobservância ⁽²³⁾.

Em face dele, suscitava-se a questão de saber se a respectiva parte cominatória se applicava, também e por analogia, à informação prestada voluntariamente e ao prospecto facultativo, utilizados nos mercados secundários. Ou se, ao invés, o dispositivo legal se devia reputar mera especificação do instituto da *culpa in contrahendo*, estendendo-se o artigo 227.º do Código Civil à informação optativa e excluindo-se, assim, a configuração de uma lacuna e a subsequente integração analógica.

O problema não era destituído de importância. Para o compreender basta recordar a diferença que separa a prova, exigida pelo preceito acima transcrito, de que a informação omitida seja necessária ao conhecimento do património, situação financeira, resultados e perspectivas da sociedade emitente; da demonstração da desconformidade

(23) O n.º 1 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 8/88 estabelecia:

«1 — A admissão de valores mobiliários à cotação oficial numa bolsa de valores é subordinada à publicação de uma nota informativa, a seguir denominada prospecto».

com a boa fé, prevista pelo citado artigo 227.º. Aceitando a aplicação analógica, o autor do prospecto voluntário apenas seria responsabilizado em face daquela demonstração. Lançando mão da responsabilidade pré-contratual, seria imprescindível evidenciar a violação da boa fé.

Uma referência, ainda que breve, à dogmática germânica, ajuda a compreender os contornos da questão. Também nesta surgiu uma dualidade. Só que a *Zweispurigkeit* alemã não se estabeleceu em função do carácter imperativo, ou voluntário, dos esclarecimentos prestados, mas antes atendendo à fonte de direito que consagra a correspondente responsabilidade (24). Na Alemanha, a par do dever de indemnizar, disciplinado na Lei da Bolsa e em legislação avulsa, existe uma responsabilidade por prospecto, de criação jurisprudencial, que regula os investimentos no «mercado cinzento» — o mercado não oficial que recai sobre títulos sem cotação na bolsa ou com cotações não oficiais (25). Tal forma de responsabilidade é designada responsabilidade civil por prospectos (*Bürgerlichrechtliche Prospekthaf-tung*) (26).

O precedente para esta jurisprudência foi criado pelo acordão do Tribunal Federal de 24 de Abril de 1978 no chamado *Gastronomiefall* (27).

(24) Cf. HEINZ-DIETER ASSMANN, *Entwicklungstendenzen der Prospekthaf-tung* in «Wertpapier-Mitteilung», ano 37, (1983), (págs. 138-144), pág. 138 e AXEL GRANNEMANN, *Prospektherausgeberhaftung auf dem grauen Kapitalmarkt*, cit., págs. 51-52.

(25) Cf. entre outros, HELMUT COING, *Die Frankfurter Burse in der Entwicklung unserer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung* in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht», vol. 150, (1986), págs. 141-154; KARIN KLEINWÄCHTER, *Die Prospekthafung der Bank für aktienplatzierung außerhalb des amtlichen Börsenhandels* in «Betriebs-Berater/Zeitschrift für Recht und Wirtschaft», ano 42, (1987), (págs. 1541-1546), pág. 1541; HEINZ-DIETER ASSMANN, *Konzeptionelle Grundlagen des Anlegerschutzes* in «Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft», ano 1, (1989), págs. 49-63, págs. 53-54.

(26) Cf. JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., págs. 97 e segs.; CHRISTIAN BRAWENZ, *Die Prospekthafung nach Allgemeinem Zivilrecht*, Wien, Verlag Orac, 1991, págs. 7-21.

(27) Cf. BGH 24. Abr. 1978 in «Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen», vol. 72, (1979), págs. 382-389.

Nele o autor que investira as suas poupanças, tornando-se sócio comanditário de uma *Kommanditengesellschaft*, por a isso ter sido levado por prospecto emitido pela sociedade por quotas que, como sócia comanditada, constituirá aquela, veio pedir aos respectivos administradores uma indemnização pelos danos sofridos em virtude da falência da *Kommanditengesellschaft*. Os réus foram condenados com fundamento na *culpa in contrahendo* e na qualidade de representante que, segundo o tribunal, teria assumido a sociedade por quotas, a qual concitara a confiança dos eventuais futuros sócios. A construção do BGH alicerçou-se em fundamentos discutíveis (v.g., o sócio considerado representante da sociedade e a afirmação de culpa na formação do contrato, apesar da inexistência de negociações preliminares entre os responsáveis e o autor), mas permitiu compensar o pequeno investidor enganado, fazendo responder perante ele os autores do prospecto (28). A partir dela passariam a ser condenados os «*Hintermänner*» (as pessoas «por detrás» do empreendimento), bem como todos os profissionais envolvidos na elaboração do prospecto(29).

Porém, a falta de qualquernexo, ainda que meramente formal, entre os responsáveis e as negociações preparatórias, a aditar à inexistência de uma *Sonderverbindung* ou relação específica entre aqueles e a vítima, veio fazer com que fosse questionado o recurso à responsabilidade pré-contratual, crescentemente apontada como mero expediente para garantir a ressarcibilidade dos danos (30).

Em alternativa, e para resolver o problema, houve quem sugerisse a aplicação analógica do § 45 da Lei da Bolsa (31); o recurso às

(28) Cf. CHRISTIAN VON BAR, *Vertrauenshaftung ohne Vertrauen-Zur Prospekthaftung bei der Publikums-KG in der Rechtsprechung des BGH* in «*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*», ano 112. (1983), págs. 476-511.

(29) Cf. JÜRGEN MACHUNSKY, *Steuerbegünstigte Kapitalanlage: Haftung von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern bei Prospektherstellung, Prospektprüfung, Treuhandschaft und Anlageberatung* in «*Betriebs-Berater-Zeitschrift für Recht und Wirtschaft*», ano 41, (1988), págs. 1306-1310.

(30) Cf. NIKOLAI FRHR. VON TEUFFEL, *Zur Zulässigkeit der Prospekthaftung als eigenständiges Rechtsinstitut* in «*Der Betrieb*», ano 38, (1985), págs. 373-375; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Itinerari europei*, cit., págs. 570-572.

(31) Cf. HELMUT COING, *Haftung aus Prospektwerbung*, cit., págs. 211-212.

normas de protecção constantes da Lei contra a Concorrência Desleal⁽³²⁾; a qualificação do prospecto como negócio jurídico⁽³³⁾; a configuração de deveres delituais de tráfico ao abrigo do § 823, II BGB⁽³⁴⁾; ou o acoplamento da *culpa in contrahendo* à aplicação analógica da Lei da Bolsa⁽³⁵⁾.

Mais do que analisar estas diferentes teorias — o que se revestiria de indiscutível interesse, mas excederia o objecto da presente nota — importa reter que, num sistema em que falta uma regra que preveja e estatua acerca da *culpa in contrahendo*, a qual corresponde, por conseguinte, a instituto de origem jurisprudencial, de aplicação caracterizada por uma marcada amplitude e por uma flexibilidade quase absoluta, se acabou, apesar disso, por reconhecer a respectiva insuficiência para tutelar os investidores vítimas de prospectos deficientes⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ Cf. HERBERT WIEDEMANN/ERICH SCHMITZ, *Kapitalanlegerschutz oder unvollständiger Information — Besprechung der Entscheidungen BGHZ 71,284 und BGHZ 72,382* in «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht», ano 9, (1980), págs. 129-145.

⁽³³⁾ Cf. HELMUT KOHL/FRIEDRICH KÜBLER/RAINER WALZ/WOLFGANG WÜST, *Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätzwang — plädoyer für ein Vermögensanlagengesetz* in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht», vol. 138, (1974), págs. 1-49 e ULRICH MEYER-CORDING, *Die Börsenprospekthftung heute?* in «Betriebs-Berater-Zeitschrift für Recht und Wirtschaft», ano 39, (1984), págs. 2052-2093.

⁽³⁴⁾ Cf. CHRISTIAN VON BAR, *Vertrauenshaftung ohne Vertrauen-Zur Prospekthftung bei der Publikums-KG in der Rechtsprechung des BGH*, cit., págs. 476-511; HEINZ-DIETER ASSMANN, *Prospekthftung*, cit., págs. 258-272; RAINER LOGES, *Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, pág. 186.

⁽³⁵⁾ Cf. CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo*, in Festschrift GIGER, Bern, Stämpfli, 1989, (págs. 91-122), págs. 111-112; FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *Richterliche Inhaltskontrolle von Standardklauseln bei einer Publikums — KG und der Prospekthftung* in «Der Betrieb», ano 36, (1984), (págs. 2745-2751), pág. 2748; STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, Beck, 1989, págs. 49-50.

⁽³⁶⁾ Referindo a «hipertrofia» da *culpa in contrahendo* v. por exemplo, MICHAEL BOHRER, *Die Haftung des Dispositionsgaranten/Ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung*, Elbelsbach, Gremer, 1980, págs. 197-201; HELMUT COING, *Haftung aus Prospektwerbung*, cit., pág. 211; JOACHIM KLINGER, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht — Hypothesen zu ihrer richterliche Instrumentalisierung*, Düsseldorf, Peter Manhold, 1981, págs. 8-9 e 63.

Tais conclusões são de ponderar na resolução do problema português. Isto, porque o artigo 227.º do Código Civil disciplina a responsabilidade por culpa na formação do contrato. Ou seja, em face da letra da lei, os deveres pré-contratuais pressupõem negociações, o que envolve um vínculo específico e um acto visando a conclusão do contrato, sendo impossível alargar o círculo de responsáveis e prescindir de contactos preliminares à sombra da inexistência de uma previsão legal ou ao abrigo da sua vaguidade.

O que significa que se, perante o direito alemão, já é difícil reconduzir estes casos à *culpa in contrahendo*, no ordenamento português é-o, *a fortiori*, muito mais.

Mas mesmo que se não atendesse ao elemento comparatístico, chegar-se-ia à mesma ilação. Em primeiro lugar, porque com a responsabilidade por prospecto se visa tutelar os investidores no mercado de valores mobiliários contra os efeitos negativos de uma informação deficiente. Responsabilizando o maior número de autores desta, facilita-se a consecução de tal finalidade. Ora, a culpa na formação do contrato só permite que respondam os sujeitos de negociações e restringe o círculo de responsáveis a estes ⁽³⁷⁾. Depois, porque os vínculos que antecedem o fecho do negócio configuram uma relação entre os sujeitos das negociações — os futuros contraentes. Enquanto os deveres que recaem sobre o autor do prospecto não dependem do estabelecimento de qualquer vínculo com os destinatários, que são aliás, indeterminados.

Estas diferenças justificavam a não recondução, em face do Decreto-Lei n.º 8/88, da responsabilidade por prospecto à culpa na formação do contrato. A similitude com o prospecto obrigatório e a coincidência dos interesses carecidos de tutela fundamentavam, antes, a aplicação analógica do n.º 2 do artigo 2.º daquele diploma. A existência de um dever de informar decorrente daquele preceito ou derivado da analogia com ele permitia, no caso da respectiva violação, o recurso ao artigo 485.º do Código Civil e, verificando-se os demais pressupostos, a indemnização dos prejuízos causados.

⁽³⁷⁾ Cf. CARLO CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile/Règola e Metafora*, Milano, Giuffrè, 1991, pág. 53.

Estas inferências, verdadeiras em face da legislação anterior aplicável ao negócio sobre que se pronunciou o acordão do Tribunal Arbitral, encontraram confirmação iniludível no Código do Mercado de Valores Mobiliários que entrou em vigor em momento ulterior ao da realização da oferta pública de venda em causa.

O diploma distingue, expressamente, a responsabilidade por informação voluntária da que emerge dos esclarecimentos injuntivos. A primeira, regulada no artigo 97.º, vincula: «as entidades emitentes; as entidades responsáveis por ofertas públicas de subscrição ou de transacção; os intermediários financeiros e as entidades gestoras de mercados secundários». A inobservância do dever de informar cominado determina responsabilidade civil nos termos gerais e pode fundamentar uma das medidas específicas estatuídas no artigo 102.º daquele Código.

A informação imperativa é regulada nos artigos 144.º a 165.º do mesmo Código do Mercado de Valores Mobiliários. Estes preceitos disciplinam especialmente o prospecto nas ofertas públicas de subscrição, e para eles remetem as demais normas que prevêm uma informação obrigatória ⁽³⁸⁾.

Os responsáveis pelo conteúdo desta espécie de prospectos são enumerados no artigo 160.º e incluem, para além da entidade emitente e dos membros dos seus órgãos de administração e de fiscalização, as pessoas que, com o seu consentimento, sejam nomeadas no prospecto como tendo preparado ou verificado qualquer informação nele incluída, ou qualquer estudo, previsão ou avaliação em que essa informação se baseie; os auditores que hajam realizado auditoria à sociedade, nos termos exigidos para a oferta pública de subscrição, e os intermediários financeiros. A responsabilidade prevista é agravada, não podendo o lesante limitar-se a demonstrar que agiu sem culpa para se libertar e tendo, antes, de evidenciar os factos e as situações descritas no artigo 163.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários. Ou seja, quer da perspectiva da definição do círculo de responsáveis, quer do ponto de vista do próprio regime da responsabilidade

⁽³⁸⁾ Cf. os arts. 323.º, 333.º, 340.º, 369.º e 596.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários que regulam a admissão de valores à cotação na bolsa; a informação periódica exigida das entidades com valores cotados na bolsa e a oferta pública de venda.

estatuída é impossível, sem uma ficção, radicar o instituto estruturado por esta disciplina na culpa na formação do contrato, tal como ela é prevista pelo artigo 227.º do Código Civil.

Em primeiro lugar, os responsáveis não são delimitados em função das negociações preparatórias de um contrato ⁽³⁹⁾. Como explicar, por exemplo, que possa ser considerado sujeito que negocia com vista à conclusão do contrato de alienação de títulos, o consultor económico independente que é encarregado de fazer um estudo sobre o património de uma sociedade, cujas conclusões se destinam a ser incluídas em prospecto, e que esgota os seus contactos com a entidade emitente quando lhe entrega o relatório encomendado? E, todavia, ele é responsável pelo teor do prospecto nos termos da alínea e) do artigo 160.º do Código do Mercado dos Valores Mobiliários. Tal como o são os auditores e o intermediário financeiro independente, referido no n.º 1 do artigo 97.º do Código do Mercado dos Valores Mobiliários. Em suma, não se limitando os preceitos da legislação do mercado de valores mobiliários a circunscrever os sujeitos da relação pré-contratual que podem ser obrigados a indemnizar por força do prospecto e, em vez disso, apontando responsáveis que não intervêm de modo próximo ou remoto em tais preliminares, não se afigura possível, deste ângulo, defender que tais normas concretizam a solução do artigo 227.º. Nem se vislumbra que, sem recursos construtivistas, seja viável aquela recondução.

Que tão-pouco parece razoável sustentar em face do teor do regime consagrado no artigo 163.º do Código do Mercado dos Valores Mobiliários. Na verdade, este situa-se a meio caminho entre uma presunção de culpa e uma presunção de responsabilidade, porquanto delimita, taxativamente, os fundamentos que permitem excluir a obrigação de ressarcir, não se satisfazendo, para tal efeito, com a prova de ausência de culpa ou com a demonstração do procedimento diligente.

Trata-se, assim, de disciplina que vai mais longe do que aquela que sanciona a violação dos deveres de boa fé, mesmo para quem entenda que esta se rege pela regulamentação da responsabilidade

⁽³⁹⁾ Cf. HORST ROLLER, *Die Prospekthftung*, cit., pág. 138 e HELMUT KOZIOL, *Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich*, in «Juristische Blätter», ano 116.º, (1994), (págs. 209-223), pág. 211.

contratual e que vale para ela a presunção consignada no artigo 799.º do Código Civil. Também aqui se afigura difícil que se está sustentar perante mero afloramento das soluções previstas no artigo 227.º do Código Civil.

Por fim, cabe assinalar que o próprio legislador, no artigo 165.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, reconheceu a autonomia da responsabilidade consignada, ao ressaltar a aplicabilidade alternativa dos demais regimes genéricos sem, no entanto, ditar qualquer relação de subsidiariedade com eles.

Estas diferenças, que marcam a distância que separa os dois institutos e que assinalam a emancipação da chamada responsabilidade por prospecto, assentam na distinção essencial entre as duas figuras, que reside na circunstância de a *culpa in contrahendo* supor a relação específica entre os potenciais contraentes individualizados ou individualizáveis⁽⁴⁰⁾. A reciprocidade que marca os vínculos pré-contratuais falta nos deveres de informar que recaem sobre o emitente de um prospecto.

É esta diversidade que tem causado o afastamento em relação à *culpa in contrahendo*, na Alemanha, e a exclusão da responsabilidade pré-contratual, em Itália⁽⁴¹⁾. E é em torno do *distinguo* que ela

⁽⁴⁰⁾ Sobre o conceito de relação específica v. em Portugal, JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., pág. 496 e segs.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A cláusula do razoável*, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Juridica, 1991, pág. 465, 594 e 615; LUÍS A. T. MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1991, págs. 353-356. Em geral, v. JÜRGEN SHMIDT, «*Sonderverbindungen*» — *eine Problemskizze* in *Gedächtnisschrift für Dieter Schultz*, Köln, Heymanns, 1987, pág. 341 e segs.

⁽⁴¹⁾ Sobre a doutrina alemã cf. supra págs. 13 e 14 e HORST ROLLER, *Die Prospekthaftung*, cit., págs. 137-161. No domínio da doutrina italiana cf. CARLO CASTRONOVO, *La Nuova Responsabilità Civile*, págs. 53-56; MARINA ARIETTI, «*Culpa in Contrahendo*» e *responsabilità da prospetto* in «*Giurisprudenza Italiana*», ano 144, (1992), (págs. 49-56), pág. 50, nota (1); e FRANCESCO DONATTO BUSNELLI, *Itinerari europei*, cit., págs. 570-572 que esclarecem o carácter minoritário da posição de FERRARINI, o autor da primeira monografia sobre prospectos, publicada em Itália, e que sob a influência da primitiva dogmática germânica reconduz aquela à *culpa in contrahendo*, embora reconhecendo-lhe «uma componente extracontratual». V. GUIDO FERRARINI, *La Responsabilità da Prospetto/Informazione Societaria e Tutela degli Investitori*, Milano, Giuffrè, 1986, *maxime*, pág. 188.

implica que se tem estruturado a independência da responsabilidade por prospecto, mesmo em face de ordenamentos que não consagram, de modo expresse, soluções específicas para os prejuízos decorrentes da informação prestada no mercado de valores mobiliários.

Ao acolher a responsabilidade por prospecto como instituto autónomo, por confronto com a responsabilidade pré-contratual, e ao examinar consequentemente a informação prestada à luz dos elementos constantes do artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 8/88, o tribunal seguiu as indicações da mais recente *opinio* na matéria. Se alguma crítica se lhe pode dirigir é a de não haver diferenciado suficientemente o dever de informar em prospecto, da adstrição genérica a agir de boa fé. Por outras palavras: de não ter salientado que o réu podia ser condenado ao pagamento de uma indemnização, independentemente da demonstração de uma desconformidade com a boa-fé.

7. A responsabilidade por violação da boa fé.

Como acima se mencionou, o Tribunal Arbitral entendeu que o BANCO PINTO E SOTTO MAYOR deveria ser condenado a pagar uma indemnização, não só ao abrigo da responsabilidade por prospecto, mas ainda por haver violado o dever de agir de boa fé.

E, na verdade, sobre aquela instituição bancária impendia um dever de informar, ditado pela boa fé. Constitui um quase lugar comum afirmar que os sujeitos das negociações que antecedem o contrato devem, tanto na fase vestibular, como na da conclusão, participar à contraparte as circunstâncias que possam influir na decisão desta, instruindo-a, designadamente, acerca dos elementos susceptíveis de interferir com a validade e eficácia do futuro negócio⁽⁴²⁾.

Claro está que o simples facto de se praticarem actos preparatórios não é suficiente para obrigar os respectivos sujeitos a fornecerem-

(42) Cf. *per tot*, WOLFGANG KÜPPER, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1991, pág. 180; GUIDO PATTI/SALVATORE PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, Guffrè, 1993, págs. 162-166; BÉRENGÈRE LASSALE, *Les Pourparlers in «Revue de la Recherche Juridique»*, n.º 58, ano 19, (1994), (págs. 826-863), pág. 840.

se, reciprocamente, todo o saber de que dispõem. A mera verificação do *Tatbestand* do artigo 227.º do Código Civil não faz surgir, por si só, o dever genérico de informar. Com efeito, uma solução que se traduzisse em vincular as partes a trocarem um acervo completo de esclarecimentos relativos ao negócio desde o momento em que, com o primeiro contacto, se iniciassem os preliminares, inviabilizaria economicamente qualquer processo negociatório⁽⁴³⁾. Correspondentemente, a doutrina dominante vê na desigualdade no acesso à informação o factor decisivo na génese daqueles vínculos⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Cf. ANTHONY KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts* in «The Journal of Legal Studies», vol. VII, (1978), págs. 1-34; FRANZ BYDLINSKI, *Überlistiges Schweigen beim Vertragsschluß* in «Juristische Blätter», ano 102, (1980), (págs. 393-397), pág. 395; JÜRGEN LAUER, *Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht*, Bern, Stämpfli, 1983, págs. 39 e 144-145; BERNARD RUDDEN, *Le Juste et l'inefficace/Pour un non-devoir de renseignements*, in «Revue Trimestrielle de Droit Civil», ano 84.º, (1985), págs. 91-103; ALEXANDRE BASSE, *Das Schweigen als rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung von England, Schottland und Deutschland*, Frankfurt a. M./Bern/New York, Peter Lang, 1986, pág. 64; PHILIPPE LE TOURNEAU, *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil* in «Dalloz Sirey», 1987, págs. 101-104; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, vol. 1, 3.ª ed., Berlin/New York, de Gruyter, 1988, nótulas 75, 103 e 114, págs. 58, 75 e 82; JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., págs. 356-357; P. WASSERMANN, *Anotação a BGH 7 Dez. 1988* in «Juristische Rundschau», 1990, (págs. 16-19), pág. 18; VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.ª ed., München, Beck, 1991, pág. 48; BERND SCHÄFER, *Ökonomische Analyse von Aufklärungspflichten in Ökonomische analyse des Rechts*, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris, Springer, 1991, (págs. 117-141), pág. 117; FRITZ-RENÉ GRABAU, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen/Grundlagen und Grenzen eines Rechtsinstituts* in «Wirtschaftsrecht», ano 23, (1992), (págs. 358-362), pág. 359; LUIS ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 285; CHRISTIAN THALMANN, *Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft* in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», vol. 113, (1994), (págs. 117-248), págs. 131-132 e 230.

⁽⁴⁴⁾ Cf. entre outros, ADRIANO VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 7 de Outubro de 1976* in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 110, (1977), (n.º 3602 e 3603), págs. 276-277; C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'Obligation de Renseignements dans les Contrats in L'information en Droit Privé*, Paris, LGDJ, 1978, (págs. 305-341), pág. 305; P.S. ATTYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon, 1979, pág. 773; KLAUS J. HOPT, *Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich/Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung in*

Havendo um desnível nos conhecimentos dos sujeitos, a boa fé, que radica numa ideia de equilíbrio material em conjuntura de relação, impõe que seja reposta a igualdade ⁽⁴⁵⁾.

Tal consegue-se por meio do dever de informar, através do qual a parte que sabe ou que devia saber mais, fica adstrita a partilhar com a outra essa sua ciência ⁽⁴⁶⁾. Nestes termos se reconstitui a equivalência indispensável à correcta formação da vontade negocial e à consecução da justiça comutativa de que o contrato há-de ser o instrumento.

Em suma: o dever pré-contratual de informar só surge quando, ao conhecimento (ou cognoscibilidade) do lado de um dos negociadores, se contrapõe a ignorância do outro ⁽⁴⁷⁾. No caso *sub judice* exis-

«Archiv für civilistisches Praxis», vol. 183, (1983), (pág. 608-720), págs. 651-652; HANS MERZ, *Vertrag und Vertragsschluß*, Freiburg, Schw., Uni-Verl., 1988, págs. 73-74; GIUSEPPE GRISI, *L'Obbligo Precontrattuale di Informazione*, Napoli, Jovene, 1990, págs. 126-141; STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, Beck, 1989, págs. 62-72; JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., págs. 360-363 e 371; MARINA ARIETTI, *Culpa in Contrahendo*, cit., pág. 54; JOHN CARTWRIGHT, *Unequal Bargaining/A Study of Vitiating Factor in the Formation of Contracts*, Oxford, Clarendon, 1991, pág. 228; DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB/Ein Lehrbuch*, 5.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1992, págs. 169-170; MURIEL FABRE-MAGNAN, *De l'Obligation d'Information dans les Contrats/Essai d'une Théorie*, Paris, LGDJ, 1992, págs. 31-33 e 111; FRITZ-RENÉ GRABAU, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, cit., pág. 132; BÉRENGÈRE LASSALE, *Les Pourparlers*, cit., págs. 841. V. ainda Ac. STJ de 14 de Nov. 1991 in «BMJ» n.º 411, (1991), (págs. 527-543), pág. 541.

⁽⁴⁵⁾ Sobre o chamamento da boa fé para intervir nas situações de relação, v. ARTHUR MEYER-HAYOZ, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, Zürich, Schulthess, 1949, pág. 84; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil/Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano Jurídico de 1980-81*, Coimbra, 1981, págs. 55-56; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., I, pág. 563, 684 e 660; vol. II, págs. 801, 820, 828, 847, 852, 901, 1223; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil, vol IV, As situações jurídicas*, Lisboa, 1985, págs. 197 e 205; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, vol. I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, Beck, 1987, § 10, págs. 127-128; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, cit., pág. 465; WOLFGANG FIKENTSCHER, *Schuldrecht* 8.ª ed., Berlin/New York, 1992, § 27, nótula 160, pág. 127; LORENZ FASTERICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, Beck, 1992, pág. 68.

⁽⁴⁶⁾ Cf. JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil, Tomo 2, Les Obligations/Le Contrat: Formation*, 2.ª ed., Paris, LGDJ, 1988, pág. 536.

⁽⁴⁷⁾ A jurisprudência germânica, em matéria de dever de informar dos bancos, refere a «Wissensvorsprung». Cf. JÜRGEN VORTMANN, *Die neuere Rechtsprechung zu*

tia, indiscutivelmente, tal diversidade no acesso a informações essenciais à exacta ponderação dos interesses em jogo no futuro contrato.

O Banco conhecia, ou podia conhecer, com facilidade, a existência do negócio que afectava significativamente o valor do objecto da venda, de que como vendedor, ia beneficiar. Enquanto a entidade compradora ignorava e não podia adivinhar aquela mesma operação.

E mais: a boa fé não lhe impunha que a conhecesse ou a descobrisse. Com efeito, o registo numa rubrica contabilística da cifra correspondente a uma das operações não facultava ao adquirente, em qualquer caso, a percepção da particularidade da mesma, designadamente da identidade única do devedor e da proporção do montante envolvido, em cotejo com os fundos disponíveis da sociedade. E mesmo que o prospecto referisse, e não era o caso, que o crédito atribuído crescera, no primeiro trimestre de 1991, em dois milhões de contos, isso não permitia aos adquirentes saber que tal aumento resultara de garantia concedida a um único cliente e, por conseguinte, em proporção elevada por confronto com o capital. E muito menos lhe possibilitava a avaliação exacta dos riscos do negócio, derivados, igualmente, da reduzida solvabilidade do devedor e da ausência de contragarantias eficazes. Isso mesmo concluiu, aliás, a Comissão de Acompanhamento das Privatizações ⁽⁴⁸⁾.

Nem se diga que, em qualquer caso, os compradores tinham o dever ou o ónus de pedir a consulta de outros elementos adicionais. Com efeito, ou o GRUPO MELLO solicitava uma auditoria a toda a escrita da SOCIEDADE FINANCEIRA PORTUGUESA e, eventualmente, descobria a existência das garantias assumidas três meses antes, ou o pedido, para fazer sentido e ser útil, tinha de se reportar aos documentos particulares susceptíveis de revelar aquelas obrigações, pressupondo um conhecimento prévio delas que, precisamente, aquele grupo não possuía.

E a boa fé tão-pouco reclamava dos compradores que estes condicionassem o negócio à realização de uma auditoria. Na realidade, a

den Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken in «Wertpapier-Mitteilungen», ano 43, (1989), (págs. 1557-1560), pág. 1558 e BGH 31 Março 1992 in «Betriebs-Berater», ano 47, (1992), (págs. 1520-1524), pág. 1522.

⁽⁴⁸⁾ Cf. n.º 70, da PARTE A) do Acórdão.

venda das acções correspondeu a uma privatização, sujeita ao Decreto-Lei n.º 138-A/91 e à Resolução do Conselho de ministros n.º 12/91, publicada em 12 de Abril. Os trâmites que antecederam a respectiva efectivação encontravam-se previstos e regulados, não podendo ser corrigidos ou alterados ao sabor de intervenções próprias de uma negociação individual. Tendo-se optado pela técnica da oferta pública de venda, também não fazia sentido admitir um exame daquele tipo. Este significaria a devassa, por toda e qualquer entidade que se apresentasse como eventual interessado na compra, das contas e negócios do banco. O que o BANCO PINTO E SOTTO MAYOR não estaria certamente disposto a aceitar. E que, por isso, o GRUPO MELLO não podia esperar que fosse, plausivelmente, concedido.

Não era pois exigível dos adquirentes que, em termos da boa fé, reivindicassem do alienante conduta que sabiam não poder, com toda a probabilidade, ser adoptada e que escapava, por completo, aos padrões habituais por que se rege o procedimento dos intervenientes numa privatização.

E nem se pode dizer que estando a entidade compradora ligada a actividades financeiras e possuindo preparação superior à do homem médio, isso a equiparava à vendedora no tocante à possibilidade de obter esclarecimentos sobre as operações realizadas por instituição controlada por aquela.

Com efeito, a qualificação profissional constitui critério para aferir da igualdade dos sujeitos das negociações preparatórias quando existe posição paritária relativamente à possibilidade de obter informações. Isto é: se estas estão ao alcance dos dois sujeitos, exactamente nas mesmas condições, é óbvio que o facto de um ser perito e outro mero leigo pode criar um desequilíbrio que a boa fé será chamada a remediar.

Mas tal não é o caso quando, por força das circunstâncias, a diferenciação existe independentemente das aptidões dos negociadores⁽⁴⁹⁾. Sucede que, na situação que importa apreciar, tal diversidade

(49) Como escreve LUIS ROYO AJURIA, *El dolo*, cit., pág. 276: «*La profesionalidad, o especialización, son un indicio de la asimetría de los costes de información, no criterios absolutos*». No mesmo sentido v. LUDGER WELTKAMP, *Aufklärungspflichten der Kreditinstitute im Kreditgeschäft in* «*Verbraucher und Recht*», ano 9, 1994, (págs. 193-199), pág. 195.

decorria de o vendedor, na sua qualidade de único accionista, poder divisar facilmente e em qualquer instante, as exactas características e todas as singularidades dos negócios levados a cabo por aquela. Informação de que os compradores não dispunham e que não podiam alcançar.

A distinção entre os dois sujeitos não resultou de atributos diferentes que, sem dúvida, ambas as instituições, possuíam. Derivou, antes, de só à primeira, como titular de todo o capital da SOCIEDADE FINANCEIRA PORTUGUESA, ser possível obter as informações essenciais à exacta avaliação dos títulos.

Era esta diferença crucial que vinculava o BANCO PINTO E SOTTO MAYOR a um dever de avisar os adquirentes nos termos prescritos pela boa fé. E se, neste domínio, alguma circunstância tivesse de ser ponderada, ela seria sem dúvida a que resulta de o Estado estar na origem da venda das acções, inspirando e motivando uma confiança especial, normalmente mais elevada do que aquela que é depositada em qualquer sujeito privado⁽⁵⁰⁾.

Quanto à culpa, também a reprovabilidade da actuação do Banco se recorta com grande clareza. É que deve inferir-se que conhecia a deficiência dos dados que colocara à disposição dos eventuais interessados. Bem como parece claro que não podia escudar-se no estatuto de mero accionista para fundar o pretensão alheamento de tal facto. Na verdade, a experiência comum ensina que o proprietário conhece e procura avaliar, com exactidão, o objecto do seu direito. Trata-se de inferência que a realidade de todos os dias corrobora. Existe, portanto e em tal sentido, uma presunção judicial com valor probatório nos termos do artigo 351.º do Código Civil⁽⁵¹⁾.

No tocante aos compradores, afigura-se que era supérfluo averiguar da respectiva culpa, uma vez que se não demonstrasse haverem eles violado qualquer dever ou ónus. Isto a entender-se que o apelo à

⁽⁵⁰⁾ Sobre a importância do «status», categoria ou posição de quem determina a confiança para aferir da medida da tutela desta v. JOHANNES KÖNDGEN, *Die Haftung von Börseninformationsdiensten: Lücke in Anlegerschutz* in «Juristen-Zeitung», ano 33, (1978), págs. 387-394; MICHAEL BOHRER, *Die Haftung des Dispositionsgaranten*, cit., págs. 83-84; HORST ROLLER, *Die Prospekthaftung*, cit., pág. 228.

⁽⁵¹⁾ Sobre a relevância das presunções judiciais v. MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 206.

disciplina da conculpabilidade não dispensa a concretização dos demais pressupostos da responsabilidade civil ⁽⁵²⁾. O que significa que não sendo a actuação do agente ilícita ou causal, não será possível recorrer ao regime da conculpabilidade. Na situação em exame, havendo-se julgado que o GRUPO MELLO não procedera contra a boa fé, nem violara qualquer dever ou ónus, era, naqueles precisos termos, ocioso averiguar da sua culpa ⁽⁵³⁾

8. A restauração natural do dano causado.

O acórdão em exame dispõe, ainda, que o objecto da obrigação de indemnizar se deve reger pela disciplina que se contém no artigo 561.º e seguintes do Código Civil, designadamente, pelo princípio da restauração natural.

Ao fazê-lo, o tribunal limitou-se a adoptar a orientação preponderante na dogmática, que preconiza a conformação do ressarcimento dos danos pré-contratuais com as normas que, em geral, disciplinam a obrigação de indemnizar e com a que, em particular, prescreve a

⁽⁵²⁾ Cf. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 1994, pág. 673 onde escreve ser exigível «que o facto do prejudicado apresente as características que o tornariam responsável, caso o dano tivesse atingido terceiro». v. em sentido diverso, FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, CTF, 1972, pág. 360 que considera necessária a concausalidade, mas já não a ilicitude, e que critica a circunstância de a norma mencionar «a culpa do lesado», e JORGE L.A. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I., Coimbra, Almedina, 1990, págs. 523-524. Afigura-se imprescindível a concausalidade. A ideia da conculpabilidade independente da ilicitude, nos casos em que esta é pressuposto da responsabilidade do lesante, é discutível. V. MARTIN KAROLLUS, *Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bei der Zurechnung von Gehilfenverchulden des Käufers bei der Bestimmung des Haftungsumfanges für Sach- und Rechtsmängel im Kaufrecht-BGHZ 110, 196* in «Juristische Schulung», ano 34, (1994), (págs. 187-193), *maxime*, págs. 191 e 193.

⁽⁵³⁾ V. HEINZ-DIETER ASSMANN, *Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs fehlerhaft informierter Kapitalanleger* in Festschrift HERMANN LANGE, Stuttgart/Berlin/Köln, Kohlhammer, 1993, (págs. 345-372), págs. 367-368 que conclui só fazer sentido apreciar a conculpabilidade do investidor com referência ao «*informationelle Eigenanwendungsbereich*» deste.

reposição em espécie ⁽⁵⁴⁾. E mais não fez do que se ater ao direito positivo português. Com efeito, o artigo 227.º do Código Civil não dispõe acerca do regime do dever de indemnizar, pelo que este se tem de pautar pelos dispositivos dos artigos 561.º e seguintes ⁽⁵⁵⁾. Os quais consagram estatuto que não depende da natureza lícita ou ilícita, subjectiva ou objectiva da responsabilidade em que radica. E, por maioria de razão, da qualificação do ilícito que está na sua origem ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Defendem a reparação em espécie dos danos pré-contratuais, entre outros, HEINZ HILDERBRANDT, *Erklärungshaftung/Ein Beitrag zum System des Bürgerlichen Rechts*, Berlin Leipzig, 1931, págs. 242-243; RUDOLF NIRK, *Culpa in Contrahendo — Eine Geglückte Richterliche Rechtsfortbildung — Quo vadis* in Festschrift für PHILIPP MÖHRING zum 75 Geburtstag, München, Beck, 1975, (págs. 71-100), pág. 90; MAO-ZONG-HUANG, *Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo*, Tübingen, v. Spangenberg, 1974, pág. 101; GERHARD KREMER, *Vertrauensschaden, Naturalrestitution und Erfüllungsinteresse*, in «Juristische Arbeitsblätter», ano 10.º, (1978), (págs. 485-490), pág. 486; KARL HACKL, *Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1980, pág. 51; JOACHIM KLINGER, *Aufklärungspflichten*, cit., pág. 25; THEODOR TUTMANN, *Minderung des Kaufpreises aufgrund von culpa in contrahendo—Ein Beitrag zur Haftung für fahrlässige Täuschung*, Hamburg, 1982, pág. 115; WOLFGANG SONNABEND, *Die Typen der Culpa in Contrahendo—unter besonderer Berücksichtigung des Inhalts des Schadensersatzanspruchs*, Bielefeld, 1984, pág. 77; VOLKER EMMERICH, *comentário prévio ao § 275 BGB* in Münchener Kommentar, vol. 2, nótula 88, pág. 584; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, cit., § 91, pág. 113; CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., nótula 34, pág. 20; WOLFGANG KÜPPER, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen*, cit., pág. 275; KLAUS TIEDTKE, *Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus verschulden beim Vertragsabschluß wegen fehlender Aufklärung* in «Juristen Zeitung», ano 44, (1989), (págs. 563-572), pág. 570; JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, Mohr, 1989, § 8, págs. 202-203; HANS BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, 21.ª ed., München, Beck, 1993, nótula 58; HEUNG SUB CHOI, *Die vorvertragliche Haftung (Culpa in Contrahendo) und der deliktsrechtliche Schutz primärer Vermögensinteressen*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1990, pág. 203; ROBERT BATTES, *anotação ao § 276 BGB* in Erman Handkommentar, vol. 1, 9.ª ed., Münster, Aschendorff, 1993, nótula 124; HEINZ-DIETER ASSMANN, *Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs fehlerhaft informierter Kapitalanleger*, cit., pág. 372.

⁽⁵⁵⁾ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, (Reimpr.) Coimbra, Almedina, 1982, pág. 460, que escreve não fornecer o artigo 227.º qualquer achega útil, neste domínio.

⁽⁵⁶⁾ Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., págs. 648-649.

A reposição natural visa, nos termos do artigo 562.º do Código Civil, reconstituir «a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação».

Na hipótese *sub judice*, uma forma possível de obter tal restauro consistia na assunção, pelo banco, das garantias bancárias, ou, havendo estas sido executadas, no pagamento de quantia igual à liquidada, acrescida dos custos nascidos da respectiva disponibilização. Assim se construíram as circunstâncias que existiriam sem o ilícito, tudo se passando como se não houvesse ocorrido um facto lesivo. Tratava-se, sem dúvida, do meio mais eficaz de criar o estado de coisas existentes sem a lesão⁽⁵⁷⁾. Nessa medida correspondia, indiscutivelmente, a uma forma de reintegração em espécie e de afastamento do prejuízo em sentido naturalístico. Apresentando, ainda, a vantagem de dispensar o cômputo ou medição das projecções negativas dos esclarecimentos insuficientes no património da vítima, evitando a sempre complexa aplicação da teoria da diferença⁽⁵⁸⁾.

O Tribunal Arbitral optou por esta via. E nem podia fazer outra coisa, uma vez que tal recomposição havia sido pedida pelos ofendidos, não tendo o lesante invocado a sua desmesurada onerosidade em relação à reparação pecuniária.

Ora, de acordo com o estatuído no artigo 566.º, n.º 1 do Código Civil, a reintegração natural só deve ser excluída quando se revelar impossível, não reparar integralmente os danos ou for excessivamente

⁽⁵⁷⁾ V. neste sentido KLAUS TIEDTKE, *Die Haftung der Banken für unberechtigte Zusagen ihrer Sachbearbeiter*, in «Wertpapier-Mitteilungen», ano 47, (1993), (págs. 1228-1232), pág. 1230 que escreve consistir «a grande protecção» (*der große Schutz*), em a parte que prestou a informação falsa colocar a outra na situação que existiria se a informação correspondesse à verdade». O autor critica a adopção pelo BGH desta forma de tutela. A hipótese julgada era, porém, diversa da decidida pelo Tribunal Arbitral, uma vez que o banco informante não omitira um esclarecimento e antes criara uma expectativa infundada em relação a um empréstimo que seria concedido no futuro e em certas condições. O *Bundesgerichtshof* em decisão de 30 de Janeiro de 1992 in «Wertpapier-Mitteilungen», ano 47, (1993), págs. 1241-1242, condenou o Banco em função daquela expectativa.

⁽⁵⁸⁾ Como é evidente a reintegração em espécie pode ter como objecto danos patrimoniais e processar-se através do pagamento de quantias pecuniárias. V. neste sentido HERMANN LANGE, *Schadenersatz*, 2.ª ed., Tübingen, Mohr, 1990, pág. 212, nota (1). Cf. ainda, GRAZIA CECCHERINI, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica* in «Contratto e Impresa», ano 7, (1991), (págs. 783-804), pág. 793.

onerosa para o devedor ⁽⁵⁹⁾. Isto é: caso seja oferecida pelo lesante, a vítima apenas pode opor-se-lhe com o argumento de que o dano não é integralmente removido. Sendo pedida pelo lesado, o responsável será compelido a observá-la, só podendo impor a indemnização em dinheiro quando houver um contraste excessivo entre a eliminação do prejuízo e o custo que esta implica para ele.

Tendo os compradores solicitado tal forma de reparação, a entidade responsável podia ter argumentado com o sacrifício exagerado que ela representava ⁽⁶⁰⁾. Não o havendo feito, ficou sujeita a ela. E o tribunal não podia deixar de a acolher.

Observe-se, ainda, que a reposição em espécie do dano real não é incompatível, e antes se harmoniza, com a indemnização pecuniária de outros prejuízos que, por causa do mesmo ilícito, se hajam somado àqueles ⁽⁶¹⁾.

O acórdão reconhece isso mesmo e não deixa de impor ao BANCO PINTO E SOTTO MAYOR o ressarcimento das demais perdas causadas pela mesma omissão ilícita de informações. É o caso da condenação ao pagamento de metade dos custos da arbitragem e à compensação, ainda que parcial, da deterioração relativa da capacidade para gerar lucros da SOCIEDADE FINANCEIRA PORTUGUESA. Estavam em causa danos determinados pelo mesmo ilícito, mas autónomos em relação aos decorrentes da cobrança das garantias. O tribunal decidiu que deviam ser reparados, independentemente da reintegração operada através da reposição dos montantes desembolsados. Tratou-se, pois, da compensação de vários e diversos prejuízos

⁽⁵⁹⁾ Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 663.

⁽⁶⁰⁾ Cabe explicitar que caso fosse julgado procedente tal apelo, o desígnio reparador podia ser alcançado por meio da compensação pecuniária, traduzida no pagamento de soma correspondente à desvalorização resultante da informação errada. Tal ressarcimento passaria pelo cômputo do dano de cálculo resultante da diferença entre o preço que os adquirentes estariam dispostos a pagar caso houvessem sabido da existência das garantias, e o preço efectivamente pago. A excessiva onerosidade funciona, assim, sempre como um limite à restauração natural V. ALBERTO RAVAZZONI, *La Formazione del Contrato*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1974, pág. 221.

⁽⁶¹⁾ Cf. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., pág. 414.

não podendo tal liquidação ser reduzida ou equiparada ao pagamento dos juros vencidos pela quantia equivalente ao dano principal.

No que diz respeito à indemnização pecuniária, o acórdão adoptou orientação que, correspondendo à doutrina maioritária em Portugal, representa, igualmente, a linha seguida pela dogmática prevalente em matéria de *culpa in contrahendo*. Consagrou expressamente a ressarcibilidade do interesse positivo. Afastou, assim, os preconceitos nascidos do fascínio exercido pela obra de IHERING que confundiram a doutrina germânica da primeira metade deste século, levando-a a obnubilar que aquele jurisconsulto se limitara a resolver um problema levantado pela exposição da teoria do negócio jurídico ⁽⁶²⁾. E a esquecer que a *culpa in contrahendo* foi apresentada no célebre artigo de 1867 como um aperfeiçoamento da teoria da vontade e, por conseguinte, como um instituto destinado a limitar os resultados injustos da invalidade do negócio ⁽⁶³⁾. A gradual ampliação da figura determinou o abandono inexorável do limite ditado pelo «*negative Vertragsinteresse*» ⁽⁶⁴⁾. É que, sendo o contrato eficaz e pretendendo as partes que ele continue a sê-lo não faz qualquer sentido confinar o ressarcimento aos prejuízos que o lesado sofreria se não houvesse concluído o negócio ⁽⁶⁵⁾. E, por conseguinte, os danos reparáveis deixaram de ser apenas os determinados pela invalidade, correspondendo antes aos causados pelo acto antijurídico e culposo de outro negociador ⁽⁶⁶⁾. Presentemente, pode-se considerar muito minoritária a corrente que,

⁽⁶²⁾ V. ALBERTO RAVAZZONI, *La Formazione del Contratto*, vol. II, cit., pág. 211.

⁽⁶³⁾ V. RUDOLF VON IHERING, *Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* in «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», 1861, (págs. 1-112), págs. 1-2. No mesmo sentido v. ALBERTO MANZANARES, *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares* in «*Anuario de Derecho Civil*», tomo XXXVII, (1984), (págs. 687-748).

⁽⁶⁴⁾ Cf. MICHAEL BOHRER, *Die Haftung des Dispositionsgaranten*, cit., pág. 111.

⁽⁶⁵⁾ Cf. JEAN ANNEX, *L'Interêt Négatif, sa Nature et son Étendue*, Lausanne, Imp. Vaudoise, 1977, pág. 66.

⁽⁶⁶⁾ Cf. MICHAEL BOHRER, *Die Haftung des Dispositionsgaranten*, cit., pág. 11.

na Alemanha, sustenta aquele limite negativo ⁽⁶⁷⁾. A reparação do interesse positivo é comumente aceite ⁽⁶⁸⁾.

Em Itália, a evolução é paralela, mas verifica-se através do alargamento do próprio conceito de interesse negativo que, entendido como essência da situação jurídica e não como prejuízo, é ampliado a casos que, em face da dogmática germânica, estariam, por definição, excluídos ⁽⁶⁹⁾. Simultaneamente, observa-se uma «resistência cada vez mais forte» ao confinamento imposto pelo interesse negativo ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Cf. JEAN ANEX, *L'Interêt Négatif*, cit., pág. 78 refere ser muito minoritária tal opinião. RUDOLF NIRK, *Culpa in Contrahendo*, cit., pág. 88, explica que o interesse negativo se tornou numa «fórmula vazia». WOLFGANG SONNABEND, *Die Typen der Culpa in contrahendo*, cit., pág. 81 defende ser geral o acolhimento da ressarcibilidade do interesse positivo. E no mesmo sentido se pronuncia UWE DIEDERICHSEN, *Iherigs Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht den Gegenwart in Privatrecht Heute und Iherigs evolutionäres Rechtsdenken*, Köln, Otto Schmidt, 1993, pág. 72.

⁽⁶⁸⁾ No sentido da ressarcibilidade do interesse positivo pode ver-se, entre outros, HEINZ HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., pág. 243; GÖTZ VON CRAUSHAAR, *Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses* — BGH, LM § 276 (FA) BGB in «Juristische Schulung», ano 11, (1971), (págs. 127-131), pág. 128; RUDOLF NIRK, *Culpa in Contrahendo*, cit., pág. 90; MAO-ZONG-HUANG, *Umfang des Schadensersatzanspruch*, cit., pág. 101; FRIEDRICH KESSLER, *Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der Neueren Amerikanischen Rechtsprechung* in *Festschrift für ERNST VON CAEMMERER*, Tübingen Mohr, 1978, (págs. 873-890), pág. 887; JOACHIM KLINGER, *Aufklärungsflchten im Vertragsrecht*, cit., págs. 25-26; GERHARD KREMER, *Vertrauensschaden*, cit., pág. 490; THEODOR L. TUTMANN, *Minderung des Kaufpreises*, cit., pág. 115; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., págs. 357-364 e 401-403; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 9 I, pág. 113; VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., pág. 74; JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., § 8 IV, pág. 203; WOLFGANG FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., § 20 VII, pág. 74; DIETER MEDICUS, *Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse*, cit., pág. 559; LUTZ MICHALSKI, *Das Rechtsinstitut der «culpa in contrahendo» (cic)* in «Jura», ano 15, (1993) (págs. 22-30), pág. 29. Quanto ao BGH v. entre muitas outras decisões, a de 28 Março. 1990 in «Juristen Zeitung», ano 45, (1990), págs. 1075-1077 e a de 30 Janeiro 1992 in «Wertpapier-Mitteilungen», ano 47, (1993), págs. 1241-1242 que têm o interesse de consagrarem a reparabilidade do interesse positivo em hipóteses de violação do dever de informar.

⁽⁶⁹⁾ V. por exemplo FRANCESCO BENATTI, *Comentário ao ART. 1337.º Codice Civile* in COMMENTARIO UTET, Vol. IV, Torino, UTET, 1991, pág. 508 e CLAUDIO TURCO, *Interesse Negativo*, cit., *maxime*, págs. 715-721.

⁽⁷⁰⁾ A expressão é de RUDOLFO SACCO/GIORGIO DI NOVA, *Il Contratto*, T. II, Torino, UTET, 1993, pág. 257. V. ainda DANIELA CARUSO, *La Culpa in Contrahendo/L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, Giuffrè, 1993, págs. 174-177.

Em Portugal, o quadro oferecido pela doutrina não é muito diverso do que atrás ficou descrito. A *opinio juris* mais recente e que, na actualidade, reúne o maior número de sufrágios sustenta a aplicabilidade do regime genérico da obrigação de indemnizar ao dever nascido da responsabilidade pré-contratual. E aceita, correspondentemente, a ressarcibilidade do interesse positivo ⁽⁷¹⁾.

Alguns autores, no entanto, defendem o limite da reparação ao interesse negativo, invocando a aplicação a *fortiori* de disciplina análoga à do artigo 908.º do Código Civil ⁽⁷²⁾. Porém, o argumento de

⁽⁷¹⁾ Em Portugal, defendem a indemnização do interesse positivo, RUY DE ALBUQUERQUE, *Da culpa in contrahendo no direito luso-brasileiro*, Lisboa, 1961, pág. 85; ADRIANO VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Outubro de 1976* in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 110, (1977), n.º 3620, pág. 267; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., vol. I, pág. 585; *idem*, *Dolo na Conclusão do Negócio/Culpa in Contrahendo/Ac. do STJ de 13 de Janeiro de 1993* in «O Direito», ano 125.º, (1993), (págs. 145-174), págs. 165-166; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 4.ª ed., Coimbra Edit., 1987, pág. 216 (observe-se, todavia, que, curiosamente, o último autor, ANTUNES VARELA, veio em anotação ao acórdão ora em apreço, na «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 126.º, n.ºs 3829 e 3830, (1993), pág. 190, aludir a uma «cancela que limita a indemnização baseada na responsabilidade pré-contratual à reparação do interesse contratual negativo»); JORGE L.A. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit, pág. 130, nota ⁽²⁾; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, cit., págs. 533 e 543; ANA PRATA, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, in «Revista da Banca», n.º 16, (1990), [págs. 75-179 e 45-147], págs. 105-112; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português/Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, pág. 474 V. também o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 138/79, de 20 de Dezembro de 1979 in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 298, (1980), (págs. 5-25), págs. 22-23. No plano da jurisprudência acolhem a compensação do interesse positivo os Ac. da Relação do Porto 26 Fev. 1980 in «Colectânea de Jurisprudência», Ano V, (1980), t. 1, pág. 60; Ac. do Tribunal Administrativo do 1.º Círculo, de 28 Set. 1992 in «Corpus Juris», Ano II, n.º 18, (1993), pág. 50. A doutrina tradicional defendia a limitação do ressarcimento ao interesse negativo mas sem fundamental tal posição. V. PEDRO DE ASCENÇÃO BARBOSA, *Do Contrato-Promessa* 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Edit., 1957, pág. 78; FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., Lisboa, AAFDL, 1975/1976, pág. 167; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Edit., 1989, pág. 65; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, ed. rev., Lisboa, AAFDL, 1975, págs. 173-174, nota (418) (observe-se que este autor reporta a culpa in contrahendo apenas à invalidade do negócio).

⁽⁷²⁾ Neste sentido CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., pág. 61; *idem*, *Nulidade do contrato-promessa de compra e venda e responsabilidade por culpa na formação dos contratos/Anotação ao Acórdão do STJ de 19*

maioria de razão não parece atendível, porquanto o dano negativo excede, muitas vezes, o positivo, não podendo, em qualquer caso, a hipótese de indemnizar este ser tida como sanção mais grave ou intensa ⁽⁷³⁾. E, ainda, porque a *facti species* disciplinada pelo artigo 908.º assenta na invalidade do contrato. Não se descobre, nestes termos, a *eadem ratio* que fundamenta a aplicação analógica daquela norma a hipóteses em que, na falta do ilícito, o contrato se teria concluído ou em que, apesar da violação da boa fé, o contrato é válido ou eficaz e o lesado pretende que ele continue a sê-lo.

Em suma, a determinação dos prejuízos reparáveis deve operar-se em função do ilícito e do direito violado e sem referência limitativa a um interesse negativo. Foi isto que decidiu o Tribunal Arbitral. Ao fazê-lo, limitou-se a consagrar a solução sustentada pela dogmática mais moderna.

9. Conclusão.

O aresto atrás examinado acolhe orientação que merece aplauso. Ela corresponde ao rumo adoptado onde se vem a intensificar a tutela do investidor e a agravar a sanção aplicável às informações incorrectas e prejudiciais. Mas, mais importante ainda, constitui um antecedente que não deixará de ser ponderado pelos sujeitos que intervêm no mercado de valores mobiliários, dissuadindo-os do recurso a artifícios, reticências e ardis, próprios de uma negociação em bazar oriental, mas completamente incompatíveis com o funcionamento eficaz das modernas bolsas e, em tal medida, com a existência efectiva de uma economia de mercado.

RITA AMARAL CABRAL

de Dezembro de 1969, in «Revista de Direito e Estudos Sociais», ano XVII, (1970), pág. 91; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura de Negociações Preparatórias de um Contrato*, Coimbra, Coimbra Edit., 1984, pág. 75 (este autor, no entanto, pronuncia-se apenas sobre a ruptura de negociações preparatórias).

⁽⁷³⁾ V., por exemplo, JEAN ANNEX, *L'Interêt Négatif*, cit., pág. 87. Pense-se tão-só na seguinte hipótese: A faz inúmeras viagens até à localidade X, para concorrer a um lugar na sociedade B, aí sediada. Concluídas as negociações e manifestando-se B disposta a empregar A, este rescinde o contrato de trabalho que tinha com terceiro e organiza a mudança da sua residência para X. Quando aí chega, B recusa-se a celebrar o contrato e é declarada falida. Nesta situação a ofensa do interesse positivo determina danos muito inferiores aos ocasionados pela violação do interesse negativo.