

# ACORDOS INTERMÉDIOS: ENTRE O INÍCIO E O TERMO DAS NEGOCIAÇÕES PARA A CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO (\*)

*Por E. Santos Júnior (\*\*)*

## Abreviaturas

A.	— Atlantic Reporter
All E. R.	— All England Law Reports
Am. J. Comp. L.	— American Journal of Comparative Law
BGB	— Bürgerliches Gesetzbuch
BMJ	— Boletim do Ministério da Justiça
C.C.	— Código Civil
Cit.	— Citado(a)
Colum. L. Rev.	— Columbia Law Review
EUA	— Estados Unidos da América
European Rev. Priv. L.	— European Review of Private Law
F. 2nd	— Federal Reporter — second series
F. Supp.	— Federal Supplement
G. Wash. J. Int. L. Econ.	— The George Washington Journal of International Law and Economics

---

(\*) O presente estudo foi expressamente elaborado como uma contribuição do autor para uma publicação do Departamento dos Serviços Jurídicos do Banco de Portugal, para a qual inicialmente se estabelecera, como data-limite de recolha de contribuições, a de 31 de Outubro de 1996. Entregue pelo autor nessa mesma data — que deverá ser considerada como a data final a que se reportou em termos de actualização de elementos bibliográficos — a mesma viria, posteriormente, a ser alargada. Sem prejuízo daquela futura publicação e obtida a prévia anuência do Banco de Portugal, tornou-se, entretanto, possível trazê-lo a público nas páginas da Revista da Ordem dos Advogados.

(\*\*) Mestre em Direito pela Fac. Dir. da Universidade Clássica de Lisboa e Jurista do Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

J. Bus. L.	— The Journal of Business Law
N.Y.U.L. Rev.	— New York University Law Review
Ob. cit.	— Obra citada
R.D.A.I.	— Revue de Droit des Affaires Internationales
RG	— Reichsgericht
RGZ	— Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.O.A.	— Revista da Ordem dos Advogados
R.T.D.C.	— Revue Trimestrielle de Droit Civil
U. Chic. L. Rev.	— University of Chicago Law Review
Unif. Comm. Code	— Uniform Commercial Code
US\$	— United States \$ (dollars)
v.	— versus
v.g.	— verbi gratia
vol.	— volume
Yale L.J.	— The Yale Law Journal

## I

**Introdução**

1. O clássico processo de formação do contrato, uma construção que nos vem do séc. XIX, não satisfaz a criatividade nem oferece a ductilidade requeridas nos tempos de hoje, sempre que estejam em causa contratos de maior vulto e complexidade, como sucede, de regra, com os contratos internacionais e, por vezes, mesmo com alguns contratos internos.

A formação desses contratos <sup>(1)</sup> não se resume ao estereótipo de uma proposta e respectiva aceitação ou, eventualmente, de uma contraproposta e aceitação <sup>(2)</sup>.

---

(<sup>1</sup>) Pense-se, entre outros, em «joint-ventures» ou consórcios para a realização de uma exploração comercial conjunta de carácter internacional ou para a construção de grandes empreendimentos, como a construção de uma fábrica do tipo «chaves na mão» ou de construção integrada de aviões civis ou militares ou de criação de um «shopping center», em contratos de transferência ou exploração conjunta de novas tecnologias ou de assistência técnica, em domínios de alta tecnologia, ou num contrato destinado a permitir a fusão de empresas ou a aquisição de uma empresa por outra.

(<sup>2</sup>) As regras clássicas da oferta (ou proposta) e da aceitação, na formação do contrato, «(...) are seductive rules that proceed on a simple premise: two parties exchange proposals until an «offer» by one party is «accepted» by the other forming a contract. Their precise vocabulary of “offer” and “acceptance”, of “revocation” and “lapse”, of “rejec-

Eles implicam muitas vezes um longo período de negociações, de meses, até de anos. Nesse processo negocial, em que têm de combinar-se complexos dados técnicos extra-jurídicos com outros especificamente jurídicos, envolvem-se quadros superiores, membros da direcção ou administradores das empresas interessadas, banqueiros, advogados e técnicos especializados, sejam engenheiros, técnicos de informática ou outros. Enfim, nessas negociações, prosseguidas em sucessivas etapas ou sessões, engendra-se, «medio tempore», a necessidade de uma limitação dos riscos, através da celebração de *acordos intermédios*, de «“in-between” agreements», que se situam entre aqueles dois extremos — o início e o termo das negociações (3).

2. Tais acordos podem ser e são, de facto, designados de muitas maneiras, prevalecendo, mesmo nos países da «Civil Law» (4), a terminologia anglo-saxónica, seja no original, em inglês (5), seja na respectiva tradução (6): «letters of intent», «com-

---

tion” and “counter-offer” dissects such tantalizing puzzles as those posed by the “battle of forms” and contracts by correspondance. But however suited these rules may have been to the measured cadence of contracting in the nineteenth century, they have little to say about the complex processes that lead to the major deals today» — FARNSWORTH — *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations*, Colum. L. Rev., vol. 87, n.º 2, 1987, pp. 217/218.

(3) Muitas vezes, a necessidade de tais acordos não resulta só da imanente necessidade de limitação dos riscos, nem só da própria necessidade de organizar a negociação complexa e longa em curso, mas também de factores externos à negociação, como a necessidade da produção de algum tipo de documento como pressuposto ou condição de as partes obterem aprovações governamentais eventualmente requeridas por lei para a celebração ou a execução do contrato in vista ou para obterem, por exemplo, um financiamento de que necessitem.

(4) *Da «Civil Law» ou do «Civil Law»?* A expressão, como a de «Common Law», deve ser tomada no género feminino ou no masculino? Parece-nos que o substantivo, nessas expressões, comporta os dois usos: o masculino, quando se traduza «Law» por «Direito» (direito objectivo); o feminino, quando se traduza «Law» por «lei», mas sendo aqui o próprio termo «lei» empregue num sentido amplo, para significar justamente o mesmo que Direito, como sucede na expressão «It's the law». Entre nós, está generalizado ou mais generalizado o uso dessas expressões no feminino, pelo que será este que adoptaremos.

(5) É o caso da Alemanha, onde, para designar tais acordos genericamente, se utiliza de uso a expressão inglesa «letter of intent» (já que o equivalente alemão «Absichtserklärung» é, na verdade, menos empregue). Essa mesma expressão inglesa figura como

mitment letters», «binders», «agreements in principle», «preliminary agreements», «memoranda of understanding», «heads of agreements» (7).

título ou como título principal nas obras de P. SIEBOURG, *Der letter of intent. Ein Beitrag zum US — Amerikanischen und Deutschen Recht mit vergleichenden Anmerkungen*, diss., Bonn — Bad Godesberg, 1979, e de M. LUTTER, *Der letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982; vide, ainda, MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993, p. 59 e PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 55. Neub. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1996, Einf v. § 145, ant. 21, p. 142. Aliás, a tendência nesse País, a respeito de figuras recebidas da «Common Law», é de adoptar a terminologia anglo-saxónica.

(6) Assim, v.g., em França, traduzindo-se a «letter of intent» por «lettre d'intention», ou em Portugal, «carta de intenção». Vale a pena, aliás — e é oportuno — fazermos aqui um breve parêntesis, para uma referência à questão terminológica e à utilização dos termos que, em língua inglesa, ganharam a sua conhecida e especial notação. Um problema que se coloca quanto aos que agora se referem no texto, em relação ao período de formação de um contrato, mas que se coloca em relação a muitos outros, como, por exemplo, em relação às novas figuras contratuais modernas a que adiante faremos breve menção, tais como o «leasing», o «factoring», os contratos de «know-how», etc. Haverá que empregar-se os termos no original inglês? Hão-de traduzir-se? Há-de buscar-se uma locução ou termo, novo ou antigo, que expresse alguma forma de sinonímia? Supomos que todas as posições sejam possíveis e todas sejam também defensáveis. Talvez, sobretudo, que a resposta certa em cada momento dependa do quadro e do contexto em que haja de se utilizar a referência de que se trate. Quando se esteja a tratar do próprio Direito anglo-saxónico, parece adequado o uso dos termos no original inglês. Quando se trate de estudar as figuras em causa, mas à luz da «Civil Law», haverá que respeitar a prática legal e doutrinária do respectivo País, sem ficar impedido o uso paralelo ou subsidiário do correspondente em inglês sempre que — em face da expansão deste — tal contribua para, de imediato, situar o objecto tratado. Como não está excluído que, aqui e além, apenas seja o termo inglês o utilizado, sempre que, no contexto, surja mais impressivamente. Um pouco à maneira do que sucede com a utilização ocasional de locuções estrangeiras que sugestivamente exprimam a ideia de que se trate. De todo o modo, quer-nos parecer que, sem se desistir do exercício de «nominar na própria língua» realidades novas — exercício de que, de facto, não há que abdicar, como bem adverte MENEZES CORDEIRO, *Da Cessão Financeira (Factoring)*, Lex, Lisboa, 1994, p. 21 — a tendência será a de, sem embargo, recorrer-se mais usualmente ao termo inglês (uma tendência a que, em alguma medida, talvez só a língua francesa possa furtar-se um tanto, quando se tenha em conta não só o peso e a extensão da comunidade francófona no mundo, como a própria prática de o francês se configurar como a segunda língua universal). Com isso, facilita-se a própria internacionalização da doutrina do respectivo País — no caso, pensamos na portuguesa — oferecendo-se-nos como duvidoso que, verdadeiramente, tal possa afectar a língua pátria.

(7) No sentido de que os acordos a que nos referimos, independentemente do seu conteúdo ou tipo concreto, aparecem na prática jurídico-comercial nominados sob uma variedade de designações, vide FARNSWORTH, cit. *Precontractual liability ...*, p. 250, e *Farnsworth On Contracts*, vol. I, Little Brown and Company, Boston-Toronto-London,

3. Estas designações usuais e genéricas são, porém, susceptíveis de albergar diversos *tipos* de acordos intermédios. A doutrina anglo-saxónica notou-o primeiro, sobre a base de decisões jurisprudenciais, como normalmente sucede nas ordens da «Common Law»<sup>(8)</sup>: «agreements to negotiate» ou «contracts to bargain», «agreements with open terms», «lock-out agreements» ou «standstill agreements», «stop-gap agreements», «confidentiality agreements», «open agreements» passaram a ser designações com que, a respeito de tais acordos, se enriqueceu o vocabulário jurídico anglo-saxónico. A correspondência na «Civil Law» não tardou: de forma mais ou menos sistematizada, acordos intermédios, legalmente inominados, tornaram-se, sob designações diversas, objecto de referência e de estudo em algumas obras doutrinárias<sup>(9)</sup>.

4. Contudo, pelo seu lado, não é muito o que a doutrina portuguesa dedica a esses acordos intermédios<sup>(10)</sup>. Comumente, a doutrina portuguesa reporta-se ao clássico processo de formação

---

1990, p. 187, R. Lake, *Letters of Intent: a Comparative Examination under English, U.S., French and West German Law*, *G. Wash. J. of Internat. L. and Econ.*, vol. 18, n.º 2, 1984, p. 331, nota 2, U. DRAETTA, *The Pennzoil Case and the binding effect of the Letters of Intent in the International Trade Practice*, *R.D.A.I.*, n.º 2, 1988, p. 156, P. SIEBOURG, *ob. cit.*, p. 7.

(8) Com precedentes doutrinários, o artigo do Professor CHARLES L. KNAPP, *Enforcing the contract to bargain*, publicado em 1969 (*N.Y.U.L.Rev.*, vol. 44, n.º 4, pp. 675 e ss.), constituiu um marco importante nesta matéria.

(9) Vide MARCEL FONTAINE, *Droit des Contrats Internationaux; Analyse et rédaction des clauses*, FEC, Paris, 1989, pp. 48-52, dando conta, sem se limitar à «Civil Law», da evolução doutrinária verificada desde que ele próprio publicou, em 1977, o seu primeiro estudo relativo às cartas de intenção (*Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Droit et Pratique du Commerce Internationale*, tome 3, n.º 2, 1977, pp. 73 e ss.).

(10) O professor MENEZES CORDEIRO refere-se às cartas de intenção, para as distinguir das cartas de conforto, na importante monografia que dedicou a estas últimas — *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lex, Lisboa, 1993, pp. 61 e 62 (sobre aquela distinção, vide, *infra*, nota 55). O ilustre Professor integra umas e outras num tipo de figuras que designa de «contratações mitigadas», onde inclui, como formas atípicas, além daquelas (segundo, nessa diferenciação, M. LUTTER, *ob. cit.*, pp. 11 e ss.), também o que chama de «acordos de base» («heads of agreements») e os protocolos complementares («side letters»). Uma referência aos acordos intermédios mencionados é feita também por MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 1994, p. 198, nota 1, e, anteriormente, *Responsabilidade civil pela ruptura das*

do contrato <sup>(11)</sup> e prefere referir-se àquele espaço intermédio negocial apenas em termos gerais e pelo prisma da «culpa in contrahendo» ou da responsabilidade pré-contratual em que as partes em negociação podem incorrer, se desrespeitarem algum dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé.

### 5. Mas parece que, de facto, se justifica algo mais.

Primeiro, pela utilidade em conhecer a realidade desses acordos, descendo da generalidade à tipificação <sup>(12)</sup>. Sob o prisma prático-negocial, não são certamente só os outros que são interes-

---

*negociações*, Coimbra Editora, 1984, p. 47 e nota 35. O Professor J. CALVÃO DA SILVA pronunciou-se especificamente sobre esta matéria, num parecer sobre uma consulta relativa às negociações empreendidas entre um grupo de empresas lideradas por José Manuel de Mello e a «Manufacturers Hanover Trust Company», para a aquisição por aquele de uma participação maioritária no capital do «Banco Manufacturers Hanover (Portugal)», parecer esse que integra a recente publicação do autor *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Liv. Almedina, Coimbra, 1996 (pp. 30-75).

<sup>(11)</sup> É assim que os autores tratam, na formação do contrato, ou de questões comuns à figura mais geral do negócio jurídico, como a declaração de vontade, aí incluídas as questões da sua natureza e as modalidades de declarações, como a expressa ou a tácita — referindo-se, a propósito, o valor do silêncio como meio declarativo — e as modalidades de declarações recipiendas e não recipiendas, ou de questões específicas da formação dos contratos, como a proposta e a aceitação, eventualmente com uma referência ao «iter» ou processo de formação do contrato, mas, em todo o caso, uma referência mais ou menos geral, em que, de uso, se mencionam, entre os contratos que se inserem nos chamados actos preparatórios, contratos esses ditos instrumentais, aqueles que expressa ou pressupostamente vêm previstos na lei, como o contrato-promessa, o pacto de preferência, a convenção das partes sobre a forma do futuro contrato, a convenção sobre o valor do silêncio ou a convenção das partes sobre o prazo de subsistência das eventuais propostas. Se todas essas questões são de facto importantes, essenciais mesmo, não é, bem entendido, delas que nos ocupamos aqui; e aquilo que aqui nos ocupa é na verdade muito pouco referido, entre nós. Nós tratamos aqui daqueles acordos não legalmente nominados nem pressupostos que surgem nas negociações, normalmente longas e complexas, de contratos internacionais ou internos de grande vulto. Excluem-se assim desses acordos intermédios, desses «in-between agreements», o contrato-promessa, o pacto de preferência e alguns outros geralmente referidos como contratos instrumentais ou preparatórios (vide infra III.1).

<sup>(12)</sup> Porque, como iremos referir, se a evolução do Direito contratual se traduziu na passagem da tipicidade à atipicidade contratual, tal não significa que, em certos domínios, como é este que aqui nos ocupa agora, não haja todo o interesse e toda a legitimidade em descer da generalidade e abstracção para operar com modelos mais concretos, neste caso, para operar com *tipos* de acordos intermédios (Sobre a relação entre autonomia privada e tipicidade contratual, cfr. MENEZES CORDEIRO, «Do Contrato de Franquia

sados em contratos internacionais: entidades portuguesas são, a cada passo, interessadas e intervenientes em tais contratos; cada vez mais, em face da internacionalização da economia. Desse modo, são igualmente interessadas e intervenientes nos acordos intermédios conducentes à celebração dos contratos internacionais de que se trate, sendo certo que a relevância desses acordos há-de apurar-se segundo o Direito aplicável, em face das regras do Direito Internacional Privado: seja um Direito da «Common Law» seja um Direito da «Civil Law», o Direito português incluído.

Depois, a consideração desses acordos intermédios e da sua relevância suscita, por si, um labor jurídico construtivo: no nosso Direito, implica um cotejo com os princípios da responsabilidade pré-contratual, indagando das virtualidades e limitações desta mesma. Tudo, em volta desta questão central: a de saber se, sob o prisma da responsabilidade que possa ocorrer antes da celebração de um contrato final, não haverá com isso — com a consideração da relevância daqueles acordos — uma mera e escusada justaposição ou se, pelo contrário, as duas perspectivas não podem complementar-se. Neste sentido, podemos questionarmo-nos: — Se pode haver responsabilidade pré-contratual sem acordo preliminar algum, também não poderá aquela ser chamada a actuar, algumas vezes, precisamente por haver um tal acordo e ele não haver sido cumprido, quando, de outro modo, não operaria? E não poderá ela, em certos termos, ser afastada precisamente em virtude de um acordo nesse sentido?

6. Assim sendo, propomo-nos, dentro do espaço e tempo de que dispomos, e não são muitos, apurar em que consistem esses acordos intermédios, reportando-nos a alguns dos tipos mais usuais e importantes, caracterizando-os, diferenciando-os de figuras afins, tentando, enfim, determinar a sua relevância jurídica.

7. Para esse efeito, parece legítimo e útil irmos buscar, antes de mais, à experiência anglo-saxónica.

---

(«Franchising») — Autonomia privada “versus” tipicidade negocial», *ROA*, Ano 48, Abril 1988, pp. 64-66 e P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 21-24

Na verdade, e já o dissemos, estamos num domínio — o da formação dos grandes contratos e contratos internacionais — que não só é efectivamente dominado pela língua inglesa, hoje, verdadeiramente, a espécie de língua franca mundial <sup>(13)</sup>, como o é pelo Direito e pela experiência anglo-americanos, sobretudo norte-americanos, posto que é aí, de facto, que se situam as suas origens e é aí que foram primeira e desenvolvidamente estudados.

Nem há que nos admirarmos: o preconceito àcerca do interesse em conhecermos dos recursos técnico-jurídicos da «Common Law» está, há muito, ultrapassado nas principais ordens jurídicas avançadas da «Civil Law».

Desde logo, porque, a respeito das mais diversas matérias, há interesse em conhecer as vias diferentes — e nem sempre são diferentes — utilizadas para resolver problemas idênticos e sentidos de modo idêntico, tido em conta o facto da pertença de um e outro sistema — o da «Common Law» e o da «Civil Law» — a uma mesma civilização <sup>(14)</sup>. Além de que, por vias diferentes, constata-se, muitas vezes, chegar-se a soluções essencialmente idênticas.

Depois, há a força das realidades, dos factos. Muitas das mais importantes figuras operativas no grande comércio, na grande indústria, no mercado financeiro, como até sectores novos do direito advêm-nos da «Common Law», especialmente, dos EUA <sup>(15)</sup>: assim, por exemplo, novas figuras contratuais, como,

<sup>(13)</sup> Funcionando «como um esperanto» — MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Cessão Financeira* ..., p. 19.

<sup>(14)</sup> Na verdade, com um grande jurista e filósofo do Direito, norte-americano, é interessante notar o que é, quando não uma analogia, pelo menos um paralelismo entre os dois sistemas: «o empirismo jurídico que deu vigência mundial ao «jus civile» (romano) consistiu num processo muito semelhante ao empirismo judicial anglo-americano, que também pode criar um direito para grande parte do mundo baseado nas normas jurídicas inglesas do séc. XVII» — ROSCOE POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 7.<sup>a</sup> ed., New Haven, 1946, cit. por JOSE PUIG BRUTAU, no seu excelente *Estudio Preliminar* (p. XXVIII) a outra obra de Roscoe Pound, por ele traduzida para a língua espanhola, *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1950. PUIG BRUTAU vai mesmo mais longe, propugnando a tese de que, se é verdade que, pelo seu conteúdo, os direitos da «Civil Law» são efectivamente os herdeiros e continuadores do direito romano, quanto ao método, não são aqueles, mas o direito anglo-americano, que, verdadeiramente, reproduz o direito romano ou com este apresenta maior similitude ou paralelismo — *Cit. Estudio Preliminar*, p. XXXI.

<sup>(15)</sup> Importa sermos claros. A respeito de algumas dessas figuras novas, autores há que, em nota histórica, se reportam a antecedentes que situam fora da órbita anglo-

entre outras, as «joint-ventures» (16), ou os contratos de «leasing» (17), «factoring» (18), «franchising» (19) ou de «know-how» (20), a própria noção moderna de sociedade anónima (21),

-saxónica. Assim, por exemplo, entre nós, MENEZES CORDEIRO, a respeito do «factoring» — que, optando primariamente por uma fórmula portuguesa, chama de *cessão financeira* — afirma que a mesma «teria ocorrido já na Antiguidade Oriental, designadamente na Babilónia, na Caldeia e na Fenícia», mas, perdidas as suas «projecções jurídicas», o «actual “factoring” remonta à Idade Moderna e ao fenómeno da colonização. Aproveitando esquemas mercantis anteriores, a cessão financeira deriva das feitorias atlânticas, em que os portugueses foram pioneiros». (*Ob. cit.*, pp. 25 e 26). Contudo, o mesmo ilustre Professor refere expressamente a recepção do «factoring» a partir da experiência norte-americana: «O instituto do “factoring” foi recebido dos Estados Unidos, devidamente nominado» (*Ibidem*, p. 20; vide também, v.g., p. 32, com referência ao «factoring» e a «outras figuras recebidas do espaço anglo-saxónico», e p. 39). Obviamente, apenas há que nos situarmos, em relação a cada uma das afirmações. Uma coisa é — como tantas vezes sucede — procurar-se a origem remota de uma figura; outra, diferente, é a origem da figura na sua configuração actual; uma coisa é a antiga cessão financeira; outra, a cessão financeira actual, o factoring actual, «il factoring moderno», «il vero factoring» de que falam GIORGIO FOSSATI/ALBERTO PORRO na sua obra *Il Factoring: aspetti economici, finanziari e giuridici*, 4.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994 (respectivamente, pp. 5 e 7). Ora, o verdadeiro e actual «factoring» foi importado dos Estados Unidos, tendo, depois, como é natural, ao ser adoptado em cada país, sofrido as induções decorrentes da sua integração no contexto da ordem jurídica própria do país receptor. O que fica dito para o «factoring» vale para as demais figuras referidas a seguir e que, incontestavelmente, são de origem anglo-saxónica, nomeadamente, norte-americana, tal como se configuram operativamente nas ordens jurídicas actuais.

(16) A expressão *joint ventures* designa, na prática internacional, compromissos de colaboração inter-empresarial os mais variados e incidindo sobre os mais diversos sectores da actividade económica (Um exemplo recente, bastante publicitado e em que o consumidor português é também um dos interessados, é o da «joint-venture» para a Europa, acordada entre as empresas petrolíferas MOBIL e BP). Uma vez a colaboração empreendida basta-se com a personalidade jurídica das partes («unincorporated joint-ventures», «contratos de consórcio»), outras vezes aquelas entendem criar um novo ente jurídico («corporated joint-ventures»). Entre nós, o Dec.-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, instituiu a regulamentação legal do contrato de consórcio («unincorporated joint-ventures»). Sobre o tema, pode ver-se, entre nós, v.g., RAUL VENTURA, «Primeiras notas sobre o contrato de consórcio», *R.O.A.*, ano 41, pp. 609 e ss., ALBERTO AMORIM PEREIRA, «O contrato de “Joint Venture”: Conceito e prática», *R.O.A.*, ano 48, Dez. 1988, pp. 845 e ss., e JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 71 e ss. (diferenciando-as dos grupos societários).

(17) O Dec.-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, define (art. 1.º) a locação financeira («leasing») como o «contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados». A locação financeira de imóveis para habitação foi regulada pelo Dec.-Lei

n.º 10/91, de 9 de Janeiro, entretanto revogado pelo Dec.-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, que alterou também algumas disposições do mencionado Dec.-Lei n.º 149/95. O regime das sociedades financeiras consta do Dec.-Lei n.º 72/95, de 15 de Abril. O «leasing» consubstancia uma técnica de financiamento polivalente (reportável a bens móveis, de equipamento ou de consumo, ou imóveis) e «à medida», posto que a operação vai destinada a um investimento preciso. O «lease-back» ou locação financeira restitutiva, que pressupõe a prévia compra do bem àquele a quem, de seguida, será dado em locação, constitui a modalidade de locação financeira que primeiro se configurou, nos EUA, e que esteve na origem do instituto — DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, «Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (“lease-back”) no direito português», *R.O.A.*, ano 42, Set.-Dez. 1982, pp. 775 e ss.. Da nossa doutrina sobre a locação financeira, pode ver-se ainda, entre outros, DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, Lex, Lisboa, 1994 e RUI PINTO DUARTE, *A locação financeira (Estudo jurídico do «leasing» financeiro)*, Ed. Danúbio, L.<sup>da</sup>, s/d.

(<sup>18</sup>) Fundamentalmente, o contrato de *factoring* — de *cessão financeira* — é uma operação de crédito que consiste no pagamento que uma pessoa, o “factor”, faz a um industrial ou a um comerciante, seu aderente, de créditos de que este último é titular relativamente aos seus clientes, mediante a transferência em seu benefício destes créditos e o pagamento de comissões ou ágios» — JACQUES MESTRE, *Grands Arrêts du droit des affaires*, sous la direction de Jacques Mestre «et alii», Dalloz, Paris, 1995, *anotação 31* («affacturage; subrogation du factor»). A constituição da primeira sociedade de «factoring» nos EUA remonta a 1808, mas esta actividade apenas ficou definida em 1911, com os «New York Factors Acts», e com as posteriores alterações de 1931, 1935 e 1943, GIORGIO FOSSATI/ALBERTO PORRO, *cit.*, *Il Factoring...*, p. 4. Na Alemanha, «a primeira sociedade de factoring foi (...) a Mittelrheinische Kreditbank & Co KG, constituída em 1956, pelo banqueiro Dr. Horbach, em associação com parceiros norte-americanos» (MENEZES CORDEIRO, *cit.*, *Da Cessão Financeira (Factoring)*, p. 39). Nos restantes países da Europa, o «factoring» afirmou-se a partir dos anos sessenta. Curiosamente, segundo os dados do giro de negócios («turnover») de «factoring» no ano de 1992, publicados pela *Factors Chain International*, tabela n.º 1 — referida em GIORGIO FOSSATI/ALBERTO PORRO, *ob. cit.*, pp. 8 e 9 — a Itália, por diversas razões, ocupa o primeiro lugar mundial, seguida de perto pelos EUA e, à distância, por outros países, como a França (em sexto lugar) e a Alemanha (em sétimo). Entre nós, a primeira referência legal ao «factoring» foi feita no art. 1.º do Dec.-Lei n.º 46 302, de 27 de Abril de 1965; actualmente, as sociedades e contratos de «factoring» são regulados pelo Dec.-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho.

(<sup>19</sup>) No contrato de «franchising» (contrato de franquia), «uma pessoa — o franquizador — concede a outra — o franquiado — a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos de fabrico e técnicas empresariais e comerciais, mediante contrapartidas» — MENEZES CORDEIRO, *cit.*, *Do contrato de franquia («franchising»)*, p. 67. Este contrato surgiu nos EUA, no ano de 1929, tendo, porém, tido o seu maior desenvolvimento apenas a partir da II Guerra Mundial. Nos anos setenta, a figura estendeu-se aos Países Europeus. Segundo o quadro fornecido por F. CASA/M. CASALÓ, *La Franquicia*, Ediciones Gestión 2000, S.A., 1989, reproduzido em E. CHULIÁ VICENT/T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos*, I, 2.ª ed., Jose Maria Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, p. 166, o número de estabelecimentos franquizados («franchisee») era superior a meio milhão nos

a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica colectiva<sup>(22)</sup> ou novos produtos financeiros, como os, entre nós, novéis derivados<sup>(23)</sup>, tais como futuros<sup>(24)</sup>, opções<sup>(25)</sup> ou

EUA, para 3300 cadeias franquiadores («franchisors»), ficando-se a França pelos 30 000, para 675 cadeias franquiadoras e a Alemanha e a Grã-Bretanha pelos 20 000, para, respectivamente, 278 e 348 cadeias franquiadoras. Portugal contava 1100, para 43 cadeias franquiadoras.

<sup>(20)</sup> A expressão «know-how», nos EUA, 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 dans les Pays du Marché Commun*. Etablissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 11. No contrato de «know-how» — ou «de transmissão de saber-fazer», na nomenclatura portuguesa adoptada pelo Professor MENEZES CORDEIRO (cit. *Do Contrato de franquia...*, p. 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.

<sup>(21)</sup> Segundo BERNARD SCHWARZ, *Le Droit aux États-Unis, une création permanente*, Economica, Paris, 1979 (trad. francesa da versão norte-americana «*Law in America. A History*»), p. 58, o Direito das sociedades é uma criação americana, mais ainda do que a maior parte de outros ramos de direito jurisprudencial dos Estados Unidos: «La notion de société par actions (constituée pour faire des affaires et en vue du profit) et la solution des questions juridiques y afférant ont été essentiellement l'oeuvre des juristes américains».

<sup>(22)</sup> Na metafórica e sugestiva expressão, primeiro utilizada pelos norte-americanos, «lifting of veil», ou seja, levantando o véu da personalidade jurídica colectiva. L.C.B. GOWER nota que talvez a metáfora fosse melhor, se se substituísse «veil» por «mask», uma vez que pessoa deriva de «persona», a máscara que os actores usavam no teatro da antiga Grécia — *Gower's Principles of Modern Company Law*, Stevens & Sons, London, 1979, p. 112, nota 1. Na terminologia anglo-saxónica, também se utiliza a expressão «disregard of legal entity».

<sup>(23)</sup> O termo resulta do facto de o valor deste instrumento financeiro *derivar* ou *ser derivado* (em inglês, «derived from») do valor de um instrumento primário subjacente a que se reporta, seja este, v.g., uma acção, uma obrigação ou até um índice financeiro, como o «FT 100 Share index» («Financial Time Stock Exchange 100 Index», vulgarmente designado por «FOOTSIE»). Entre a imensa bibliografia respeitante a estes novos produtos financeiros, um destaque para uma revista Londrina específica *The Futures & Derivatives Law Review*, editada por Edward J. Swan (Publicada por Cavendish Publishing Limited).

<sup>(24)</sup> Os futuros constituem o tipo de derivados mais conhecido. Os contratos financeiros de futuros são contratos padronizados relativos à compra e venda, no futuro, mas por um preço fixado no presente, de uma determinada quantidade de um certo bem — v.g., ouro, petróleo ou outro — ou de um serviço.

<sup>(25)</sup> Neste tipo de derivados, uma das partes, mediante o pagamento de um dado prémio, adquire, pelo respectivo contrato — trata-se também de contratos padronizados — o direito, mas não a obrigação, de vender (opção de venda) ou de comprar (opção de compra) um dado bem por certo preço em data determinada (opção de tipo europeu) ou até ao termo de uma data fixada (opção de tipo americano).

swaps<sup>(26)</sup>, ou o direito dos consumidores (pense-se, v.g., na responsabilidade do produtor)<sup>(27)</sup> ou muitas das induções do Direito da Informática<sup>(28)</sup>.

8. Mas esse ponto de partida não nos fará descurar o que a propósito releve do nosso sistema e da família jurídica em que ele se insere — a própria referência à responsabilidade pré-contratual

(26) «Le développement du marché des “swaps” rassemble de près à une “success story” à l’américaine», CHRISTOPHE CHAZOT/PATRICK CLAUDE, *Les SWAPS: concepts et applications*, Economica, Paris, 1994, p. 11. Como notam estes autores, este novo produto financeiro adquiriu a sua «carta de nobreza» com o «swap» entre a IBM e o Banco Mundial, operado no ano de 1981. O «swap» envolve uma troca ou permuta de obrigações. Fundamentalmente, o «swap» traduz-se num acordo em que as partes permutam fluxos de interesse ou carácter financeiro, baseando-se, as mais das vezes, em taxas de juros («interest rate swaps») ou no valor de moedas («currency swaps»).

(27) De facto, o «consumerism» ou movimento dos consumidores como, naturalmente, o próprio Direito dos consumidores — no sentido de medidas jurídicas de protecção do consumidor — nasceu nos EUA e de lá irradiou para os países europeus. Vide J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 28-30, 38 ss. e 117 (e respectivas notas 2 e 3). A responsabilidade civil do produtor — um dos dois principais aspectos do Direito dos consumidores, o outro, é o das cláusulas contratuais abusivas, contratos de adesão ou, na terminologia adoptada entre nós, cláusulas contratuais gerais — tem o seu certificado de nascimento no famoso caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, decidido em 1916 nos EUA. Vide, J. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 294 e 295. Sobre o Direito dos consumidores ou, numa perspectiva subjectiva, os direitos dos consumidores, veja-se ainda, entre nós, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, 1982 e *Negócio jurídico de consumo*, *B.M.J.*, n.º 347, 1985, pp. 11 e ss.

(28) Para dar apenas um exemplo, neste domínio: o contrato de “escrow”. Trata-se de um contrato que envolve o titular do «software» (ou concedente), o beneficiário (ou utilizador do mesmo) e o «escrow agent», mediante o qual as partes convencionam que será confiada a este último a guarda de certos dados técnicos confidenciais respeitantes ao «software», da titularidade do concedente, necessários para a compreensão, manutenção, modificação ou correcção do mesmo «software», mas não exigidos para o seu uso pelo beneficiário, de harmonia com o contrato, ficando, porém, o «escrow agent» autorizado a entregar tais dados ao beneficiário, se se verificarem certos eventos que impeçam a continuação da assistência por parte do concedente — como a falência ou a sua morte, tratando-se de pessoa física — para que, justamente, o beneficiário não venha a ser prejudicado por tais ocorrências (na medida em que o «software» por ele utilizado, sem essa assistência, poderia tornar-se inoperacional ou obsoleto). Vide A. RIBEIRO MENDES, *Contratos Informáticos, Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 8, p. 61. O contrato em causa assenta numa particular relação de *fidúcia*, talvez podendo nós nominá-lo, a partir daí, por contrato de «confiança de dados informáticos». Vide P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 254 e ss., «maxime», 294 e ss.

é já uma referência do nosso sistema. Justamente, em tudo, sere-mos sempre fundamentalmente interessados em saber se algum ensinamento poderemos legitimamente colher para o nosso Direito.

Vejamos, então, começando por um enquadramento geral, para, de seguida, nos reportarmos às modalidades de acordos inter-médios de que nos propomos tratar.

## II

### Do «tudo ou nada» à consideração do período intermédio entre o início e o termo das negociações

1. A *liberdade contratual* — expressão da autonomia pri- vada — constitui um princípio fundamental do direito privado, como a «*freedom of contract*» constitui um princípio fundamental do direito contratual anglo-americano <sup>(29)</sup>.

Na verdade, qual prisma, ela apresenta múltiplas facetas: a *liberdade de celebrar ou não um contrato* — uma opção, teorica- mente ao menos, deixada ao arbítrio de cada um; a *liberdade de escolha do outro contraente* — contrata-se com quem se quer, não se contrata com quem não se quer; a *liberdade de estipulação ou de fixação do conteúdo* — no sentido de que o conteúdo do con- trato é ditado pelas partes em consenso; a própria *liberdade de forma* — no sentido de que as partes celebram o contrato pela forma que melhor lhes aprouver <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Nas palavras de RICHARD EPSTEIN (*In Defense of the contract at Will, U. Chic. L. Rev* 51, 1984, pp. 947-953): «Freedom of contract is an aspect of individual liberty, even bit as much as freedom of speech, or freedom in the selection of marriage partners or in the adoption of religious beliefs or affiliations».

<sup>(30)</sup> Se apelássemos à distinção entre *fundo e forma* do contrato, as três primeiras manifestações de liberdade contratual respeitariam ao fundo e a última seria, é claro, uma manifestação de ou sobre a forma do contrato. Neste sentido, vide, v.g., JACQUES GHES- TIN, *Traité de Droit Civil: Les Obligations, Le contrat*, LGDJ, Paris, 1980, p. 23. Ao prin- cípio da liberdade contratual poder-se-ia acrescentar ainda um outro atributo: o da liber- dade de as partes modificarem ou porem termo ao contrato (por acordo, bem entendido, mas também só por acordo há contrato). Neste sentido, DANIEL GUGGENHEIM, *Droit Suisse des Contrats: La conclusion des contrats*, Georg Éd., Genève, 1991, p. 30. O Pro-

A liberdade de fixação do conteúdo é expressão de *atipicidade contratual*, que, atingindo o seu apogeu no séc. XIX, é fruto de uma longa evolução. Pode mesmo dizer-se que aquela liberdade ou este princípio andam de par com a própria consagração do *contrato* como uma *categoria geral e abstracta*, se é que este e aqueles não são senão o verso e o reverso de uma mesma medalha.

O *Direito romano*, durante muito tempo, apenas conheceu figuras contratuais típicas <sup>(31)</sup> e se, no período *Justinianeu*, surgiram os contratos inominados <sup>(32)</sup>, a verdade é que a afirmação de um princípio geral de atipicidade ou, o que é o mesmo, a consideração do contrato como uma categoria geral e abstracta não foi conquista sua.

Apenas no séc. XIII se começou a completar a evolução nesse sentido, iniciada a partir da redescoberta intelectual do «*Corpus Juris*» e da influência do Direito Canónico, a partir dos sécs. XI/XII.

---

fessor OLIVEIRA ASCENSÃO (*Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, Lisboa, 1992, pp. 50/51), reportando-se à autonomia privada, prefere enunciar, como suas manifestações, a liberdade de negociação, a liberdade de criação (de modelos negociais atípicos), a liberdade de estipulação e a liberdade de vinculação. Entretanto, é bem sabido, as manifestações de liberdade contratual referidas suportam, até certo ponto, limitações. Difícil é saber qual o mínimo aquém do qual já não estamos no domínio contratual (ou, mais amplamente, negocial). Sobre esta questão, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. e vol. cit.*, pp. 52-55, e MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, p. 467, que entende não haver contrato quando não haja liberdade de celebração e de estipulação, posto que aquele, enquanto modalidade de negócio jurídico (*Idem*, p. 501), pressupõe ambas.

<sup>(31)</sup> O «*contractus*» referido por GAIO, nas suas *Instituições* (III, 88) como uma das duas fontes das obrigações, ao lado dos «*delicta*», traduzia-se num modo tipificado de «contrair» obrigações: «*aut enim re contrahitur obligio aut verbis aut litteris aut consensu*» (*Idem*, III, 89) — contratos reais, verbais, literais e consensuais estes, pois, os quatro tipos de contratos do direito romano clássico.

<sup>(32)</sup> Os contratos estavam tipificados, mas certas situações que não se enquadravam em nenhuma das categorias reconhecidas podiam gerar obrigações, quando o pretor as tornasse assistidas de uma acção. Foi relativamente a essas situações que os bizantinos elaboraram, então, a teoria dos contratos inominados, admitindo que toda a convenção, mesmo que não enquadrável em nenhuma das categorias típicas, mas que, acarretando obrigações recíprocas, fosse executada por uma das partes, implicaria a exigibilidade do cumprimento da obrigação da outra parte. Tais contratos serviam uma infinidade de situações, mas os juristas justinianeus classificaram-nas em quatro categorias: «*aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*» (*D*, 19, 5, 5 pr).

O «apport» final seria o dos *jusnaturalistas* (Grotius, Puffendorf e Wolff) e dos grandes sistemáticos da Escola francesa dos sécs. XVII e XVIII — *Domat* e *Pothier*: o contrato surge como uma convenção livremente celebrada, com um conteúdo essencialmente dependente da vontade dos contraentes. Como espécie de convenção, em França, ou como espécie da figura ainda mais geral do *negócio jurídico* — «*Rechtsgeschäft*»<sup>(33)</sup> — na Alemanha<sup>(34)</sup>, segue indiscutida a importância da figura<sup>(35)</sup>.

E o mesmo, seguramente, na «*Common Law*», onde, aliás, o Direito contratual («*Law of contracts*») apresenta um grau de autonomia superior ao que se lhe reconhece em ordens da «*Civil Law*». Também ali, na «*Common Law*», o termo «*contract*», apesar de antigo, só lentamente veio a assumir o sentido que se lhe reconhece; também ali, um tanto à semelhança do que ocorreu no direito romano, o «*contract*» teve de se libertar da sua ascendência processual — inicialmente o termo designava as diferentes hipóteses em que a acção de «*debt*» era concedida<sup>(36)</sup>. Assim, gradualmente, até

(33) A noção de negócio jurídico ou declaração de vontade, enquanto acto voluntário susceptível de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, deve-se a Savigny, constituindo, na verdade, uma das mais duradouras contribuições para o estabelecimento dos alicerces do Direito privado, como nota — e é por todos reconhecido — STEVEN RIESENFELD, *The Influence of German Legal Theory on American Law: the heritage of Savigny and his disciples*, *Am. J. Comp. L.*, vol. 37, 1989, p. 3.

(34) Na verdade, na Alemanha, o contrato, constituindo a espécie mais importante de negócio jurídico, caracteriza-se, entre os *negócios jurídicos plurilaterais* (*mehrseitige Rechtsgeschäfte*), por uma troca de declarações de vontade, pela harmonização, num acordo (*Konsens*), de declarações de vontade contrapostas, assim se distinguindo dos actos colectivos (*Gesamtakte*) e das resoluções (*Beschlüsse*). Vide, v.g., K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, ein Lehrbuch*, 7. Auflage, C. H. Beck, Münchenn, 1989, § 18 II, pp. 318/320 (estabelecendo a diferença entre «*Verträge*» e «*Beschlüsse*»), H. HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985, § 31 B I, pp. 266-268 (Hübner, aos três tipos referidos, acrescenta ainda os *Organizationsverträge*, p. 268).

(35) Porque, de facto, concebido o contrato como a harmonização ou encontro de manifestações de vontade contrapostas e pretendidas como tal sob tutela do direito ou como uma auto-regulamentação de interesses, juridicamente tutelada (Assim, entre nós, DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1959, vol. II, pp. 27 e ss.), qualquer que seja, enfim, a construção dogmática do contrato, pode dizer-se que é hoje indiscutida a importância do princípio.

(36) A. C. GUEST, *Anson's Law of Contract*, 26.<sup>a</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1985, pp. 8 e ss.; FARNSWORTH, cit. *Farnsworth on Contracts*, pp. 14 e ss.

atingir o significado técnico que hoje tem: no «Restatement (second) of Contracts» (§ 1), o contrato vem definido como «a promise or a set of promises for the breach of which the Law gives a remedy, or the performance of which the Law recognizes as a duty»<sup>(37)</sup>. Uma noção que os «Common Lawyers» aceitam amplamente, sendo certo que, mais vulgarmente, o contrato consubstancia-se num acordo («agreement») em que cada parte aceita a «promise» da outra, em troca da «promise» feita por si própria<sup>(38)</sup>.

O contrato é, afinal, é-o também hoje, a expressão dinâmica da liberdade da pessoa na vida jurídica, manifestação da sua autonomia privada e, bem assim, um meio necessário da vida em sociedade, posto que não é concebível nunca — nem, e definitivamente, em face da eminente dignidade do ser humano, de que a liberdade é condição essencial, nem, sequer, em face do desenvolvimento tecnológico actual, apesar de extraordinário — um comando central que, quando não adivinhasse, pelo menos soubesse de todas as necessidades de todos e de cada um e, por via substitutiva e imperativa, determinasse o meio de as satisfazer<sup>(39)</sup>.

2. Mas aquele princípio da liberdade contratual não é o único. Se as partes são livres de contratar, quando o façam vinculam-se pela sua própria vontade: os contratos são vinculativos.

---

<sup>(37)</sup> Por sua vez, o § 2 do *Restatement (second) of Contracts* define «Promise», «Promisor», «Promisee» e «Beneficiary» nestes termos: (1) A promise is a manifestation to act or to refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made»; (2) The person manifesting the intention is the promisor»; (3) The person to whom the manifestation is addressed is the promisee»; (4) Where performance will benefit a third person other than the promisee, that person is a beneficiary». Como se lê no Comment b. a esta secção do Restatement em causa, uma vez que o termo «contract» reporta-se a actos com efeitos jurídicos, é também vulgar e próprio o seu uso para referir esses mesmos efeitos: assim sucede no *Uniform Commercial Code* § 1-201 (11), que define «contract» em termos da «total legal obligation which results from the parties agreement».

<sup>(38)</sup> A. C. GUEST, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>(39)</sup> Nessa hipotética — e absurda — situação a imperatividade negaria a autonomia privada, negaria o princípio da liberdade, que é conatural ao ser humano, «violaria», enfim «os princípios de Direito Natural» (OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. e vol. cit.* p. 36). Aliás, sabe-se bem do fracasso das experiências colectivistas, que, apesar da sua intensa componente totalitária, não puderam nunca, nem por um momento, ser a verificação histórica de uma tal situação, por esta, em absoluto, ser simplesmente impossível.

Eles têm «força de lei» entre aqueles que os celebram <sup>(40)</sup>. É o *princípio da vinculatividade* do contrato ou, como na «Common Law», da «*santicty of contract*» <sup>(41)</sup>.

3. Daqui decorrem dois *pólos*, dois *extremos*: as *negociações* e a *celebração* do contrato final <sup>(42)</sup>. As partes entram em negociações se quiserem e se quiserem são livres de dela se retirar, posto que só se vinculam quando contratam. Só depois da celebração do contrato, se o chegarem a celebrar, é que ficam inelutavelmente vinculadas. E só há contrato — contrato final — quando as partes acordam em todos os pontos considerados relevantes. Mormente, quando uma faz uma proposta e a outra aceita; quando uma declara a sua vontade de contratar e os termos em que o quer fazer e a outra aceita. Neste caso, porque vinculadas por acordo, só por acordo podem as partes distratar, nenhuma podendo por si só desvincular-se; e, porque vinculadas, o incumprimento daquilo a que se vincularam, o incumprimento do contrato acarreta a responsabilidade — contratual — da parte faltosa.

4. Cedo, porém, com o acentuado incremento do tráfico-jurídico, da sua complexidade e das suas exigências relativamente ao «iter» negocial, em face ainda dos próprios princípios ético-jurídicos, aquele teve de ser impregnado de novos desenvolvimentos: na «Common Law», directamente decorrentes da conside-

---

<sup>(40)</sup> Segundo o art. 1107 do Código Civil francês, que também aqui recolhe de Domat, «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites». No início do séc. XVII, LOISEL significava toda a força vinculativa do mútuo acordo na célebre expressão: «On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles...».

<sup>(41)</sup> Bem entendido, tradicionalmente, refere-se ainda um terceiro princípio fundamental dos contratos — o da *relatividade* ou da *privacy of contract*. Não o referimos no texto, por não estar directamente implicado no tema que aqui nos ocupa, ainda que ocasionalmente lhe possamos vir a fazer alguma referência. De todo o modo, sempre ressaltamos que, a respeito deste princípio, muito há para dizer, além ou, até, diferentemente do ensinamento da doutrina tradicional, que o traduz por uma ideia de inoponibilidade em relação a terceiros. Na verdade, o contrato, todo o contrato é oponível a terceiros, no sentido de que estes, conhecendo-o, deverão abster-se de com ele interferir. Coisa diferente é dizer-se que do contrato apenas resultam — salvas as excepções legalmente previstas — direitos e deveres específicos para os que contratam.

<sup>(42)</sup> Os «polar regimes» de que fala FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability...*, pp. 220/221 e ss.

ração desse processo; na «Civil Law», fazendo-se uso da doutrina da «culpa in contrahendo» ou, mais amplamente, da chamada responsabilidade pré-contratual ou recorrendo a princípios da responsabilidade delitual, chamada a intervir, sendo caso disso, sobre a fase da negociação de um contrato.

5. Na «Common Law», a perspectiva de que ou se está vinculado por um contrato existente ou se não está, nomeadamente, a nada se estando vinculado durante o período das negociações — a perspectiva do «all or nothing», do «tudo ou nada» — pode dizer-se que tende gradualmente a ser superada, ainda que continue a fazer-se sentir, de modo mais intenso na Inglaterra <sup>(43)</sup> do que nos Estados Unidos.

5.1. Na Inglaterra, o problema tem-se centrado na determinação da natureza jurídica desses «in-between agreements», na determinação da natureza das «letters of intent», para optarmos pela designação que tais acordos assumem mais correntemente. Onde se determine que, não obstante a designação, existe já um contrato completo, então esse acordo será vinculativo, o seu incumprimento gerando responsabilidade; onde a conclusão seja contrária, tal vinculatividade não é reconhecida, nem obviamente qualquer responsabilidade; quando muito, pode reconhecer-se eficácia a um «lock-out agreement», isto é, a um acordo pelo qual as partes se obrigam a não negociar com terceiros, mas já não quando se trate de um «lock-in agreement», isto é, de um acordo em que

---

<sup>(43)</sup> «En ce domaine cependant, le droit anglais paraît se situer quelque peu en retrait par rapport aux droits continentaux» — M. FONTAINE, cit. *Les Lettres d'intention*, p. 105. «Das englische Recht ist besonders zurückhaltend gegenüber vorvertraglichen Pflichten» — M. LUTTER, *ob. cit.*, p. 106. No entanto, já de há tempo se fazem ouvir as vozes no sentido de reconhecer o valor jurídico de certos acordos intermédios, mormente dos «contract to agree» ou «to negotiate». «There is neither authority nor satisfactory reason in principle for refusing to recognise a separate enforceable contract to agree or to negotiate (...) we believe that English Law should recognise that were parties enter into commercial relationships for business reasons wherever possible legal effect should be given to that relationship.» — A. M. DUGDALE/N.V. LOWE, *Contracts to Contract and Contracts to Negotiate*, *J. Bus. L.*, January 1976, pp. 35/36.

se obriguem a negociar ou a prosseguir as negociações entre si de boa fé <sup>(44)</sup>.

## 5.2. Já os EUA têm feito prova de uma maior versatilidade.

Por um lado, tem-se reconhecido a possibilidade de, no período pré-contratual, se gerar responsabilidade com base em figuras como a *misrepresentation* ou a *promissory estoppel*: no primeiro caso, trata-se de sancionar a falsa representação de seriedade no estabelecimento ou na continuação das negociações, causada, intencionalmente, por uma à outra parte <sup>(45)</sup>; no segundo caso, de não deixar impune a quebra de promessas específicas feitas por uma à outra parte com o fito de a interessar nas negociações e que, razoavelmente, conduzam esta última a confiar nelas <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> A questão foi recentemente discutida no caso *Walford v. Miles*, julgado em 23 de Janeiro de 1992, pela «House of Lords» (1992, 1 *All E.R.*, pp. 453 e ss.). A fundamentação aí estabelecida, a respeito das condições de admissibilidade de um «lock-out agreement», foi aplicada pelo «Court of Appeal» no caso *Pitt v. Asset Management* — vide JO SHAW, *Precontractual negotiations in English Law: Walford v. Miles and its aftermath*, *European Rev. Priv. L.*, vol. 2, n.º 2, 1994, p. 273 (Esta mesma revista, no volume e número referidos, contém um conjunto de anotações/estudos — onde se inclui o mencionado estudo de JO SHAW — suscitados, justamente, pelo referido caso «Walford v. Miles»).

<sup>(45)</sup> Vide FARNSWORTH, cit., *Precontractual Liability*..., pp. 233 e ss.

<sup>(46)</sup> Trata-se, pois, de fazer aplicação, ao período das negociações, do princípio que, na secção 90 do *Restatement (second) Contracts* — a chamada «“promissory estoppel” section» — vai assim estabelecido: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires». Foi justamente essa aplicação que ocorreu no conhecido caso *Hoffman v. Red Owl Stores, inc.*, julgado no Wisconsin, em 1965 (26 *Wis. 2d*, 683, *N.W. 2d* 267, 1965); o caso pode ver-se sintetizado em FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability* ..., p. 236, KNAPP, *ob. cit.*, pp. 690 e ss. e P. SIEBOURG, *ob. cit.*, pp. 222-224. Note-se, contudo, que, apesar de parecer viável o recurso a esta figura relativamente ao domínio das cartas de intenção «considering the willingness of courts to apply equitable remedies» (R. LAKE, *ob. cit.*, p. 348), na verdade tal não só não ocorreu no caso referido — em que não estava em causa uma carta de intenções — como, porventura, ainda não terá ocorrido. Sobre a «promissory estoppel», pode ver-se, v.g., S. D. HENDERSON, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, *Yale L. J.*, vol. 78, n.º 3, 1969, pp. 343 e ss. (cfr., especialmente, pp. 357 e ss., acerca da aplicação da figura às «Preliminary Negotiations and Defective Promises», com referência ao caso *Hoffman v. Red Owl Stores Inc.*).

Por outro lado, vai ganhando peso, gradualmente, a ideia de reconhecimento de um «*duty of fair dealing*», mesmo durante as negociações (47).

Tudo, para além da questão da fixação da natureza jurídica de uma «*letter of intent*»: se se concluir que já encerra um contrato final («*ultimate agreement*»), então, a sua quebra acarretará necessariamente a responsabilidade («*liability*»); não se concluindo por esse carácter, ainda assim, como acordo intermédio, haverá que apurar se as partes quiseram ou não vincular-se logo, seja aos termos já acordados seja à obrigação de continuarem a negociar em ordem a atingir um contrato definitivo ou final (48).

---

(47) O *comment c.* à secção 205 do *Restatement (second) Contracts* refere que a má fé nas negociações de um contrato pode ser sancionada. Quanto ao princípio da boa fé no cumprimento de um contrato (já celebrado), ele está consagrado expressamente no *Unif. Comm. Code* (1978) — «Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement» (§ 1 — 203) — e no *Restatement (Second) of Contracts* — «Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement» (§ 205). A boa fé é definida no *Unif. Comm. Code*, já em termos de aplicação geral — «Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned» (§ 1 — 201) já em relação com a venda de mercadorias («*sale of goods*») — «Good faith in the case of merchants means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trades» § 2-103 (b).

(48) A questão da natureza jurídica de uma «*letter of intent*» (designa-se assim o respectivo acordo ou designa-se por «*preliminary agreement*», particularmente, a questão da intenção das partes ficarem ou não logo vinculadas aos termos do mesmo, releva também para o problema da responsabilidade de terceiro que induza ao incumprimento do respectivo acordo, o problema do *tort of induction breach of contract*. Assim sucedeu no famoso caso *Pennzoil v. Texaco*, que viria a originar, em termos de indemnização, a maior condenação da história judicial dos EUA. Na verdade, muito para além do impressionante montante da condenação indemnizatória, este caso é relevante em mais de um domínio: no domínio do problema da fixação da natureza jurídica de acordos preliminares; sob o prisma do «*tort of induction breach of contract*» ou, mais amplamente, do «*tort of interference with contractual relations*»; enfim, no domínio constitucional, considerada a questão da competência dos tribunais dos Estados federados para aplicar a lei do Estado federal (o Supremo Tribunal dos EUA — 107 S. Ct. 1519, 1987 — fez, no caso, aplicação da «*Younger abstention doctrine*», revogando a decisão do «*United States District Court of the Southern district of New York*» — 626 F. Supp., 250 (S.D.N.Y.) — que decretara uma injunção preliminar, solicitada pela *Texaco*, inibitória da execução da sentença do «*Texas Court*», cujo júri pronunciara um veredicto que lhe era desfavorável). Em síntese, eis o que se passou: — A *Pennzoil*, que apenas poucos dias antes manifestara o seu interesse na aquisição da *Getty Oil*, acabou por entrar em negociações com os dois principais accionistas da *Getty Oil* — Gordon P. Getty, «*trustee*» de Sarah C. Getty, e J. Paul Getty Museum — com eles

assinando, em 2/01/84, um «Memorandum of Understanding». Este documento previa um plano, um conjunto de acções, em resultado das quais a Pennzoil e Gordon P. Getty, naquela sua qualidade de trustee de Sarah C. Getty Trust, com 57% (já que adquiriria as acções de J. Paul Getty Museum), passariam a ser os únicos accionistas da Getty Oil (a primeira, com 43% e o segundo com 57% do capital). Nos termos do «Memorandum», a Pennzoil pagaria pelas suas acções da Getty o valor por unidade de US\$110. A mais, Pennzoil e Gordon P. Getty acordariam na gestão conjunta da Getty Oil e na reestruturação desta companhia. Cada um dos parágrafos do mesmo «Memorandum» iniciava-se com a seguinte expressão: «Subject to the approval on the Plan by the Board of Directors of the Company (Getty) as provided in paragraph 6 herof...». Por sua vez, o parágrafo 6 estipulava: «This Plan is subject to approval by the Board of Directors of the company at the meeting of the Board being held on January 2, 1984 and will expire if not approved by the Board». O «Board of Directors», reunido em 02/01/84, expressou algumas reservas ao «Memorandum», mas viria a aprová-lo no dia seguinte, depois de a Pennzoil, alterando as suas condições, ter aumentado o preço da aquisição das acções do público, para o mínimo de US \$115. A 04/01/84, antes da abertura da Bolsa de Nova Iorque, Getty, J. Paul Getty Museum e Gordon P. Getty anunciaram ao público, através de um «press release», o seu acordo com a Pennzoil. Esse documento referia-se a um «*agreement in principle*», o qual estaria, contudo, «subjecto execution of a definitive merger agreement» (aliás, não mencionado nem no «Memorandum of Understanding» nem na aprovação do «Board of Directors» da Getty). As partes continuaram, no entanto, as negociações, mesmo para além do dia 4 de Janeiro, uma vez que, estando a aquisição das acções de J. Paul Getty Museum pela Getty — ponto crítico do «Memorandum» — sujeitas a uma penalização fiscal, contemplavam a sua possível aquisição, não pela Getty, mas, em vez, pela Pennzoil. Aconteceu, porém, que, em 05/01/84, representantes de Gordon P. Getty e de J. Paul Getty entraram secretamente em negociações com a Texaco. Essas negociações contemplavam um plano de aquisição da Getty pela Texaco, pagando esta por acção o valor de US\$ 125, mais tarde elevado para US\$ 128. Em 06/01/84, um «press release» da Texaco anunciava que ela tinha assinado um acordo com os accionistas da Getty para a aquisição do controlo desta. Note-se que os accionistas da Getty ressalvaram das garantias prestadas perante a Texaco os seus acordos com a Pennzoil, não garantindo àquela, em relação a esses acordos, que a venda das acções à Texaco não constituiria violação de qualquer outro contrato ou compromisso. Em 08/02/84, a Pennzoil intentava contra a Texaco, em Houston, Texas (contra o que se poderia pensar, das denominações das companhias envolvidas, este era o Estado-sede da Pennzoil e não da Texaco, sediada em Nova Iorque), uma acção baseada no «tort of interference with contractual relations», pedindo uma indemnização compensatória no valor de US\$ 7,53 biliões e «punitive damages» em outro tanto, mais os juros. A Texaco viria a ser condenada ao extraordinário montante justamente de US\$ 7,53 biliões, a título de «compensatory damages» (quanto a estes, o valor do pedido) e de US\$ 3 biliões, a título de «punitive damages». Estes, e apenas estes, viriam, por último, a ser reduzidos, pelo «Texas Court of Appeals», para o montante de US\$ 1 bilião (784 F. 2nd, 1133, 2nd cir. 1986). Na árdua batalha processual travada entre a Pennzoil e a Texaco — onde intervieram dos mais reputados advogados norte-americanos — e entre as múltiplas questões levantadas, a primeira era, naturalmente, a da fixação da natureza jurídica dos acordos celebrados entre os litigantes, nomeadamente, do «preliminary agreement» acima referido: a intenção das partes teria sido a de fixar os termos de um acordo já vinculativo ou, em

6. 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 <sup>(49)</sup> e, depois, a própria teoria da responsabilidade pré-contratual <sup>(50)</sup>, tem-se reconhecido um dever de negociar de boa fé: a violação dos concretos deveres daí decor-

---

vez, as obrigações das partes só nasceriam com a assinatura do «definitive agreement», a que as negociações e aquele «preliminary agreement» estavam condicionados? Sabe-se qual foi o veredicto do Tribunal do Texas («District Court of Harris County, Texas 151 st Judicial District»): o júri entendeu que um acordo válido e vinculativo tinha sido celebrado. A partir daí e sobre essa base, a Texaco foi considerada como tendo interferido conscientemente com tal contrato (notando-se que, se este fosse considerado um acordo não vinculativo, inserido no curso de negociações, ainda poderia ser aplicável o «tort of interference with prospective contractual relations», mas então só se os próprios meios de interferência fossem «wrongful» ou se a interferência se desse por uma «ill-will», o que não acontecera na interferência da Texaco). Na sequência deste caso, gerou-se, ao menos por algum tempo, um certo temor, nas negociações de contratos, a respeito das «letters of intent», fenómeno que já se chamou «the Texaco chill» — Vide U. DRAETTA/R. LAKE, «Letters of intent and Precontractual Liability», *RDAL*, n.º 7, 1993, p. 846 e nota 105. No que respeita à descrição e à análise do caso essencialmente sob o prisma da natureza jurídica das cartas de intenção, que é aqui o que nos ocupa, vide U. DRAETTA, cit. *The Pennzoil case and the binding effect of the letters of intent in the international trade practice*, pp. 155 e ss.

<sup>(49)</sup> IHERING revelou a sua «descoberta» num artigo publicado em 1861: «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», *4 Jahrbucher Fur Die Dogmatik Der Heutigen Römischen Und Deutschen Rechts*, pp. 1 e ss. Reagindo contra o carácter formal ou rígido do direito germânico à época, que, a seu ver, não tomava em devida conta as necessidades do comércio-jurídico, IHERING atinha-se, contudo, ao problema da culpa na formação de contratos anuláveis por vício na formação da vontade, defendendo que aquele que dera causa à situação, responsável segundo as regras gerais do dano e da culpa, deveria indemnizar a contraparte pelo *interesse contratual negativo*, colocando-a na situação em que se encontraria se não tivesse entrado em negociações e celebrado um contrato nulo. Vide F. KESSLER/E. FINE, «Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of contract: A Comparative Study», *Harv. L. Rev.*, vol. 77, n.º 3, 1964, pp. 401 e ss. Sobre a «culpa in contrahendo», da «descoberta» de Ihering às suas projecções no actual Direito Português, vide MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol., AAFDL, 1989, pp. 685 e ss.; Vide, ainda, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 527 e ss., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, cit. *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações...*, pp. 33 e ss. e cit. *Direito das Obrigações*, pp. 243 e ss., e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Almedina Coimbra, 8.ª ed., 1994, pp. 270 e ss.

<sup>(50)</sup> A jurisprudência e a doutrina alemãs basearam-se na «teoria da culpa in contrahendo» de Ihering para a elaboração de uma construção mais extensa — a da responsabilidade pré-contratual — uma construção «extra legem», já que o BGB não contém qualquer disposição geral consagrando a «culpa in contrahendo» ou a responsabilidade

rentes — de informação, de lealdade — é susceptível de engendrar responsabilidade civil, responsabilidade précontratual <sup>(51)</sup>. Assim, entre nós, também o C.C., neste ponto claramente influenciado pelo pensamento jurídico germânico (cfr. art. 227.º do C.C.). A posição da França e dos países por ela mais directamente influenciados não é essencialmente diferente, mas tem algumas particularidades: a responsabilidade prévia à celebração de um contrato, não podendo ser contratual, é delitual; também a má fé nas negociações, a inobservância, por uma das partes, de um comportamento recto e leal poderá engendrar responsabilidade civil, obrigando a indemnizar a outra de despesas (custos de viagens, de estudos, etc.) que, de outro modo, não teria; mas, mais longe, ainda, a própria ruptura das negociações pode, em si mesma, ser considerada ilícita («fautive»), gerando a obrigação de indemnizar — quer tal responsabilidade se funde no carácter original dessa «faute» pré-contratual, tido em conta que, em face do estado avançado das negociações e a expectativa criada na conclusão do contrato, não será legítimo a uma das partes romper arbitrariamente as

---

pré-contratual (sem embargo de algumas disposições do código, como os §§ 122, 179, 307, 309 e 663, conterem afloramentos ou manifestações daquela teoria). A responsabilidade pré-contratual assenta no reconhecimento de que, iniciadas as negociações para a celebração de um contrato, gera-se entre as partes uma relação de confiança, geradora de diversos deveres — de segurança ou protecção, de informação, de veracidade, etc. — independentemente de as negociações conduzirem ou não à celebração do contrato; as partes devem, assim, agir de boa fé nas negociações. A partir das aplicações jurisprudenciais, foi possível distinguir, no Direito alemão, diversos tipos de casos de responsabilidade pré-contratual (vide, v.g., MEDICUS, *ob. cit.*, pp. 56 e ss.; J. GERNHÜBER, *Das Schuldverhältnis*, j.c.b. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, pp. 184 e ss., e MENEZES CORDEIRO, cit. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol., pp. 700 e ss.), havendo, porém, que reconhecer-se que a figura foi chamada aí a colmatar lacunas do sistema alemão da responsabilidade delitual, razão por que alguns desses tipos de casos — v.g., o famoso caso do linóleo (RG 7 de Dez. de 1911, *RGZ* 78, 1912, 239) — noutras ordens jurídicas, caberiam justamente no domínio desta última. Por esse mesmo motivo, entre nós, o Professor MENEZES CORDEIRO faz notar que a «culpa in contrahendo portuguesa não comporta deveres de protecção» (cit. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.º vol., p. 722).

<sup>(51)</sup> Obrigando, por exemplo, à reparação das despesas que uma das partes não teria sofrido se a outra, no decurso das negociações, tivesse cumprido aqueles deveres (de veracidade das declarações, de informação, de lealdade). De notar, contudo, que a ruptura das negociações não é considerada uma conduta ilícita, não gerando, em si mesma, responsabilidade.

negociações<sup>(52)</sup>, quer se funde na ideia de um abuso do «direito» de não contratar<sup>(53)</sup>.

Assim reconhecida ou tendencialmente reconhecida a possível relevância jurídica do período das negociações, vejamos que papel pode aí ser atribuído aos acordos intermédios.

### III

#### Modalidades de acordos intermédios

1. Começemos por *delimitar* os acordos intermédios a que nos reportamos.

Com a expressão *acordos intermédios*, temos vindo a referir-nos genericamente a diversos acordos que, por ocorrerem entre o início e o termo das negociações, podem ser assim designados, impressivamente.

Na verdade, na prática do comércio internacional, vimos já que são várias as designações utilizadas. Dessas, as mais comuns parecem ser as de «letter of intent», «agreement in principle» e «preliminary agreement».

Qualquer dessas designações é susceptível, porém, de abarcar acordos ou declarações de teor diversificado. Uma «letter of intent» — de todas as expressões com que se designam os «in-between agreements», talvez seja esta a expressão mais usual<sup>(54)</sup> <sup>(55)</sup> — pode, por exemplo, albergar o que, no direito

---

<sup>(52)</sup> Assim Raymond SALEILLES, «De la responsabilité précontractuelle — A propos d'une nouvelle étude sur la matière», *RTDC*, tomo VI (1907), pp. 718-720 e ss. (para Saleilles, a responsabilidade resultante de um rompimento arbitrário das negociações «(...) a son fondement dans une sorte de garantie légale, fondée sur l'équité, et limitée aux conditions arbitraires du retrait des négociations» — *ibidem*, p. 720); JOANNA SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982, pp. 107/108.

<sup>(53)</sup> Entre nós, I. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra Editora, 1989, p. 65. A liberdade de não contratar não é, porém, um direito subjectivo e foi a respeito do exercício abusivo do direito subjectivo que a figura do abuso do direito se originou. Vide, neste sentido, JOANNA SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982, p. 108, nota 7.

<sup>(54)</sup> Neste sentido, R. LAKE, *ob.cit.*, p. 331, nota 2.

<sup>(55)</sup> Duas observações acerca da «letter of intent»: (a) uma, relativa ao carácter *bilateral*, de acordo, que muitas vezes assume, e que é aqui o que nos interessa conside-

rar, posto que é de «acordos intermédios» que nos ocupamos, (b) outra, relativa ainda à fixação de terminologia e, concretamente, à sua distinção da «letter of comfort» ou «comfort letter». (a) Apesar de a expressão «letter of intent» — carta de intenção — parecer apontar para uma declaração unilateral, e, na realidade, por vezes, consubstanciar uma pura declaração unilateral, como quando simplesmente expressa a intenção de uma das partes entrar em negociações com outra, a verdade é que, inserindo-se no processo negocial, significa-se com ela, muitas vezes, um verdadeiro acordo, quer este se consubstancie na assinatura da carta de intenção por ambas as partes (Vide o exemplo de carta de intenção — «Fall» 1 — apresentado M. LUTTER, *ob cit.*, pp. 7 a 9, especialmente a parte final dessa carta de intenção — p. 9) quer quando ela mesma signifique a adesão da parte que a emite a documentos anteriormente trocados com a outra quer quando a adesão da contraparte da que emite a «letter of intent» se dê por outro modo, expressa ou tacitamente. Nesta medida, qualquer relevância jurídica negocial que venha a ser encontrada para a «letter of intent» — e que dependerá do teor que assuma e do tipo de acordo intermédio que consubstancie — não esbarrará com a objecção da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, sempre que, na realidade, consubstancie um acordo das partes (No mesmo sentido, ainda que reportando-se às cartas de conforto, Vide MENEZES CORDEIRO, *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lex, Lisboa, 1993, pp. 61 e 62). Isto, para além de haver quem, como o Prof. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1990, 1.º Vol., pp. 558 e ss. e cit. *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, p. 62, entenda que o princípio da tipicidade dos negócios unilaterais é um falso princípio, encontrando-se hoje superado. (b) Quanto à distinção entre a *letter of intent* e a *letter of comfort*, parece, antes demais, de conservar-se a distinção terminológica, distinção feita na «Common Law» e, bem assim, na Alemanha (onde a carta de conforto é designada por «Patronatserklärung», conservando-se aquela expressão inglesa — «letter of intent» — para se reportar aos acordos intermédios surgidos durante as negociações de um contrato) e na Itália (onde a carta de conforto é vulgarmente designada por «lettera di patronage», este último termo, à evidência, de origem francesa). Curiosamente, em França nota-se uma certa infixidez terminológica, utilizando-se a expressão «lettres d'intention» umas vezes para designar os acordos intermédios de que aqui tratamos, outras para designar justamente as «letter of comfort», também por vezes referidas como «lettres de parrainage». Compreende-se a proximidade: num certo sentido, uma carta de intenção surgida no processo negocial «conforta» a contraparte; e uma carta de conforto é uma carta onde se declara uma intenção. Depois, colateralmente a um processo negocial dirigido para a celebração de um dado contrato, ocorre, não poucas vezes, a exigência feita por uma à outra parte para que esta apresente uma carta de conforto, entendida não como um acordo preliminar enxertado nessa negociação, mas como uma garantia a prestar e condicionante da continuação das negociações. Compreende-se a proximidade, mas, na verdade, pode e deve fixar-se a distinção entre a «letter of intent», expressão de um «in-between agreement» — que é o que aqui nos ocupa — e a «letter of comfort», como carta ou declaração emitida por uma entidade-«mãe» a favor de uma entidade-«filha», dirigida a uma instituição financeira, visando facilitar à entidade-«filha» a obtenção de um financiamento (Sobre a carta de conforto, pode ver-se, entre outros, MENEZES CORDEIRO, cit. *Das cartas de conforto...*, IAN BROWN, «The letter of comfort: Placebo or Promise?», *J.Bus.L.*, 1990, July, pp. 281 e ss., M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort letters in English Law and Practice», *R.D.A.I.*, n.º 5, 1994, pp. 527 e ss., ANNE SCHOLLEN, «Les lettres de Parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions?», *R.D.A.I.*, n.º 7, 1994, pp. 793 e ss., P. VIL-

anglo-saxónico, se designa por um «*agreement to negotiate*», como pode reportar-se em vez a um «*agreement with open terms*»; e pode, até, apesar do nome, configurar um «*ultimate agreement*», isto é, um contrato final.

A determinação de que uma carta de intenção não consubstancia ou consubstancia — apesar do nome — um contrato final é um problema primeiro de *interpretação* e de *qualificação*. A interpretação em causa, não é ainda, contudo, a interpretação de um contrato (ou negócio jurídico): trata-se de uma *interpretação preliminar*, para apurar da *existência* ou não de um contrato final ou definitivo<sup>(56)</sup>, e não para apurar o sentido final de todas as cláusulas deste mesmo. O fim, pois, daquela interpretação preliminar é e só pode ser o de apurar qual haja sido a intenção das partes: se foi a de se vincularem ou não num contrato definitivo. Desse modo, essa como que pré-interpretação não está vinculada ao critério legalmente consagrado para a interpretação dos negócios jurídicos: nomeadamente, o intérprete, mesmo no nosso Direito, não está vinculado a adoptar o critério essencialmente objectivista de interpretação consagrado no art. 236.º<sup>(57)</sup>, podendo e devendo adoptar antes, para esse efeito, um critério essencialmente subjectivista. Por sua vez, apurada a intenção das partes, a qualificação decorrente é uma qualificação preliminar, que, como toda a qualificação, não depende do «*nomen juris*» atribuído pelas partes. Apenas depois, mas já baseada numa interpretação definitiva, é que uma qualificação — ela mesma definitiva — permitirá, por fim, determinar que tipo de acordo intermédio ou que tipo de contrato (de contrato final ou definitivo, chamemos-lhe assim) se trata.

---

LEROIL, «La lettre d'intention à l'épreuve de la Jurisprudence de la Cour de Cassation», *Banque & Droit*, n.º 43, Sept./Oct. 1995, pp. 3 e ss.

<sup>(56)</sup> E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre a teoria da Interpretação dos negócios jurídicos: Estudo de Direito Privado*, AAFDL, 1989, nota 139 (p. 80) e ainda notas 120 (p. 70) e 126 (p. 73).

<sup>(57)</sup> Permitimo-nos, por isso, discordar, neste ponto, do Professor J. CALVÃO DA SILVA, que, no parecer acima referido — vide «supra» nota 10 —, ao recorrer à interpretação para apurar se os «*Heads of agreement*» em causa consubstanciavam ou não um «*verdadeiro contrato*», se sentiu vinculado, nessa tarefa interpretativa, a partir da teoria da impressão do destinatário, consagrada na 1.ª parte do art. 236.º do C.C. (cit. *Estudos de Direito Civil*..., pp. 42 e ss.).

Situados no período que decorre entre o início e o termo das negociações, nós não trataremos dos acordos intermédios legalmente nominados. Assim, o acordo intermédio sobre o valor jurídico negocial do silêncio (art. 218.º do C.C.), ou o acordo ou convenção sobre a forma a adoptar para o contrato definitivo (art. 223.º do C.C.).

Excluídos da nossa indagação ficam também outros acordos como o *contrato-promessa* e o próprio *pacto de preferência*: não só por serem legalmente nominados, mas até por não serem acordos intermédios, no sentido com que aqui falamos de acordos intermédios. O contrato-promessa é, sem dúvida, um contrato preliminar do contrato definitivo; mas não é, «hoc sensu», um acordo intermédio, porque ele próprio é tradução do termo das negociações, sabido que dele resulta a obrigação de contratar e que dele hão-de constar as cláusulas do contrato definitivo ou final<sup>(58)</sup>. Após a celebração do contrato-promessa, nada há que negociar. Ele não se situa, pois, antes do termo das negociações, não é, assim, no nosso sentido, um acordo intermédio. Quanto ao pacto de preferência, trata-se também de um contrato preliminar de um possível futuro contrato final. Mas, celebrado o pacto de preferência, nada há que negociar entre as partes: o preferente, se vier a ser notificado para preferir, só tem de preferir ou não, dando tanto por tanto, já nada lhe cabendo negociar.

Finalmente, não trataremos de todos os possíveis acordos intermédios. Vigorando a liberdade contratual, eles são muitos e podem vir a ser mais; os que a inventiva das pessoas e da prática negocial vier a propiciar ou a descobrir. Nós limitar-nos-emos, por isso, a considerar apenas alguns poucos acordos intermédios que, no entanto, nos parecem sobressair do conjunto pela sua importância e pela intensidade da sua verificação prática.

2. Trabalhando sobre a prática jurídico-comercial e sobre os casos jurisprudenciais, a doutrina na *Common Law*, com preponderância para a norte-americana, fixou alguns *tipos* usuais de acordos intermédios, de «in-between agreements».

---

<sup>(58)</sup> Vide J. CALVÃO DA SILVA, cit. *Estudos de Direito Civil* ..., pp. 52 e ss. (especialmente, p. 55).

Vamos partir deles, para extrair dados que possam ser trabalhados no nosso Direito, ainda que neste pequeno estudo apenas o possamos fazer de modo muito limitado.

Dos diferentes tipos de «in-between agreements» descortinados na Common Law, vamos considerar apenas os chamados *agreements to negotiate* — referindo, a propósito, os *lock-out agreements* — os *agreements with open terms* e os *stop gap agreements*.

2.1. *O agreement to negotiate*, também designado por *agreement to agree*, *contract to negotiate* ou, ainda, *contract to bargain* <sup>(59)</sup>, traduz-se, fundamentalmente, num acordo em que as partes, atingido um certo estádio de desenvolvimento das negociações, se obrigam a prosseguí-las, em ordem a tentar atingir um acordo final, e se obrigam a fazê-lo de boa fé, empenhando os seus melhores esforços («best efforts») nesse sentido.

Pode dizer-se que, sendo um conceito bem conhecido em Inglaterra, este acordo não viu ainda aí reconhecida relevância jurídica <sup>(60)</sup>, apesar das vozes que se fazem cada vez mais ouvir nesse sentido <sup>(61)</sup>.

Já não exactamente assim nos EUA: aí, de há muito conhecido, a sua eficácia «a se» tem sido defendida por autores como

<sup>(59)</sup> A designação é proposta por CHARLES L. KNAPP, no seu já referido artigo *Enforcing the contract to bargain* (vide «supra» nota 8). O autor justifica esta nomenclatura assim (p. 685): por um lado, o uso do termo «contract» aponta para o facto de que, em alguma medida, a relação em causa acarreta verdadeiras obrigações («entails binding obligations»), cuja violação dará origem a responsabilidade («legal remedy»); por outro, o termo «bargain» enfatiza que um tal contrato nem impõe um dever irreversível de executar a operação económica de que se trate nem, mesmo, impõe um dever irreversível de celebrar o contrato final contemplado.

<sup>(60)</sup> Fundamentalmente, por uma defesa arraigada, absoluta, da liberdade contratual, ditando a ideia de que a negociação é um «bargaining process», conduzido como que à «força de braços», cada um dos negociadores especulando na tentativa de obtenção de ganho para si; depois, porque aos acordos pré-contratuais faltaria aquela certeza inteligível das obrigações comerciais contraídas, que é considerada decisiva como condição de eficácia jurídica do próprio acordo que as origine — IAN BROWN, «The contract to negotiate: a Thing Writ in Water?», *J. Bus. L.*, July 1992, p. 353. O autor referia-se, com o título desse artigo, ao caso *Walford v. Miles* e à posição assumida pela «House of Lords», na decisão de 23 de Janeiro de 1992.

<sup>(61)</sup> Assim BROWN, *ob. cit.*, pp. 353 e ss.

KNAPP e FARNSWORTH e pode dizer-se que a sua relevância jurídica tem vindo a ser judicialmente reconhecida <sup>(62)</sup>.

Neste sentido, entende-se que, celebrado um «agreement to negotiate», comprometendo-se as partes a empreender ou continuar as negociações de boa fé, nenhuma delas se poderá retirar dessas negociações injustificadamente ou, o que é o mesmo, alegando uma vaga justificação do tipo de mudança de intenções ou das circunstâncias. Mas também nenhuma delas fica vinculada à celebração do contrato final <sup>(63)</sup>.

---

<sup>(62)</sup> Desde o «leading case», *Itek Corporation V. Chicago Aerial Industries* (248 A.2d 625 — Del. 1968). Durante as negociações encetadas por estas companhias, visando a compra do acervo da primeira (Itek) pela segunda (CAI), foi acordada uma «letter of intent», reproduzindo os termos da venda projectada e estabelecendo que as partes «shall make every reasonable effort to agree upon and have prepared... a contract providing for the foregoing purchase... embodying the above terms and such other terms and conditions as the parties shall agree upon». A Itek veio a consentir numa modificação dos termos, mas a CAI, tendo recebido uma melhor oferta, telegrafou àquela, dando conta de que não prosseguiria as negociações. Chamado a pronunciar-se, o Supreme Court of Delaware considerou que daquela «letter of intent» resultava uma obrigação para ambas as partes de se empenharem de boa fé na tentativa de obter um acordo final, pelo que a CAI, após ter recebido uma melhor proposta, faltou intencionalmente a esse dever, a que estava vinculada, perante a Itek. (Sobre este caso, vide FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability...*, pp. 265/266 e, mais detalhadamente, P. SIEBOURG, *ob. cit.*, pp. 73-80). Num outro relevante caso, *Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v. Grossman* (795 F. 2d 291 — 3d Cir. 1986), o tribunal — citando justamente o caso *Itek corp. v. Chicago Aerial Industries* e ainda os casos *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.* (1976) e *Thompson v. Liquichemica, Inc.* (1979), além de uma referência à doutrina alemã da «culpa in contrahendo» — concluiu que uma «letter of intent» era um «contract to negotiate», de que resultava para as partes a obrigação de se empenharem na negociação e de negociarem de boa fé para concluir o subseqüente contrato; no seguimento, o *District Court* considerou a actuação do réu como de má fé, pelo que foi condenado a indemnizar «Channel Home Centers». Vide, sobre este caso, U. DRAETTA/R. LAKE, cit. *Letters of Intent and Precontractual Liability*, pp. 841-842. Entretanto, no direito norte-americano, o reconhecimento ou a tendência de geral reconhecimento da relevância jurídica do «contract to negotiate» não vai sem alguma crítica, notando-se a oposição ou relutância ao reconhecimento dessa relevância por parte dos Tribunais Federais do Estado de Nova Iorque — Apud FRANZ J. NIEPER, *Contract to negotiate, vorvertragliche Verdrauenshaftung und Schadensersatz für abgebrochene Vertragsverhandlungen*, Anmerkung Zu House of Lords vom 23.1.1992, *Walford and others v. Miles and another*, (1992) 1 All ER, 453-462, *European Rev. Priv. L.*, vol. 2, n.º 2, 1994, p. 303.

<sup>(63)</sup> «(...) neither can withdraw for an “unjustified” reason, and yet... neither will be compelled to perform it if — after good faith bargaining — actual agreement cannot be reached» — KNAPP, *ob. cit.*, p. 685.

Problema que se pode colocar é o de saber se o «*agreement to negotiate*» é, por definição, um misto não só de *lock-in agreement*, posto que as partes, mutuamente, obrigam-se a, de boa fé, negociar uma com a outra, mas também de *lock-out agreement*, no sentido de as partes se obrigarem também a só negociar uma com a outra e a não negociar, portanto, com terceiro.

Decorrendo desse acordo a obrigação de negociar de boa fé, dir-se-ia que esta se coadunaria mal com a legitimidade de qualquer das partes prosseguir paralelamente negociações com um terceiro. Mas, em todo o caso, como nota Farnsworth<sup>(64)</sup>, a prática de negociações paralelas está tão expandida e é tão importante para a efectivação da livre concorrência que parece não dever ser essa a conclusão, a menos que as partes incluam no seu «*agreement to negotiate*» o próprio «*lock-out agreement*», ou seja, o acordo de exclusividade da negociação. Por outras palavras: o «*agreement to negotiate*» não inclui necessariamente uma obrigação de negociação exclusiva. Esta só existirá se for acordada, se integrar esse acordo<sup>(65)</sup>.

Em contrapartida, parece que as partes podem celebrar um *lock-out agreement* com independência de qualquer «*lock-in agreement*» ou «*agreement to negotiate*». É certo que se pode duvidar do real interesse de um tal acordo. Mas, se assistido de «*consideration*» e estabelecido por certo período de tempo definido, julga-se que tal solução, nos EUA, à semelhança do que já vem sucedendo no direito inglês, merecerá reconhecimento jurídico.

Seguramente que ele se aproxima do nosso pacto de preferência. Mas é distinto, porque a obrigação decorrente é mais limitada do que a que decorre do pacto de preferência para o obrigado; e não só por isso: é que o pacto de preferência pressupõe ou tem ínsita a possibilidade de o obrigado negociar com terceiro, já que precisamente a obrigação de dar preferência só cabe ser actuada no

---

<sup>(64)</sup> FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., p. 279.

<sup>(65)</sup> O problema caba por ser o da concretização dessa expressão algo vaga «*fair dealing*». FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., pp. 273 e ss., considera que a maior parte dos casos de invocação judicial de «*unfair dealing*» pode agrupar-se em sete hipóteses, a cuja análise procede: recusa de negociar, tática negocial imprópria, propostas irrazoáveis, recusa de prestar informação, negociação com terceiros, negação e quebra das negociações.

momento em que o obrigado à preferência, tendo chegado a acordo com um terceiro, notifica o titular da preferência para preferir, querendo, dando tanto por tanto. Não assim, no «lock-out agreement»: a parte que se vincule obriga-se a uma pura omissão em relação a terceiros, justamente a não negociar com terceiros; oferece assim, à contraparte, durante o período e eficácia desse contrato, a possibilidade de intentar negociar com aquela.

2.2. O *agreement with open terms*, por sua vez, traduz-se num acordo que consubstancia, normalmente, muitas das estipulações do contrato final, ficando as partes já vinculadas no que a essas estipulações respeita. Mas obrigam-se ainda a continuar a negociar os pontos deixados em aberto e que serão incluídos, com a regulamentação que vier a ser acordada, no contrato final<sup>(66)</sup>.

O «*agreement with open terms*» tem, pois, duas consequências: uma é a obrigação de executar o acordo, mesmo que as partes não cheguem a consenso sobre os pontos deixados em aberto; outra é a obrigação de continuar a negociar, de boa fé («*fair dealing*»), tentando as partes chegar também a acordo sobre esses pontos ainda em aberto<sup>(67)</sup>.

Daqui decorre que, tratando-se de um «*agreement*» «*enforceable*» — isto é — tendo reconhecimento jurídico-processual, duas são as hipóteses possíveis: se o contrato final não for celebrado, por uma das partes incumprir a sua obrigação de negociar, essa parte poderá ser responsabilizada; se, apesar de continuada negociação, não for possível atingir o acordo final, as partes ficarão vinculadas pelo acordo já feito e no que respeita aos termos acordados, sendo a lacuna de regulamentação dos pontos que permaneceram em aberto suprida pelo tribunal nos termos que julgue aplicáveis<sup>(68)</sup>.

A «*enforceability*» — vinculatividade — deste tipo de acordos, como a dos «*preliminary agreements*» em geral, dependerá, fundamentalmente, da vontade das partes. Estas podem de forma

---

(66) Este acordo não deve confundir-se com o «*open contract*», o correspondente anglo-saxónico de um outro tipo de acordo preliminar que é o contrato-quadro.

(67) FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., p. 253.

(68) FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., p. 253.

simples afastar a vinculatividade do contrato, deixando claro que não pretendem vincular-se. Neste sentido, podem apôr as usuais fórmulas «subject to contract» ou «not binding until final agreement is executed» ou outras similares<sup>(69)</sup>. A razão de as partes celebrarem um tal acordo não vinculativo — um mero «gentlemen's agreement» — estará no interesse puro de organizar a negociação e de a facilitar (lembre-se que nos reportamos a contratos que envolvem complexas e longas negociações), através desse «ponto da situação» em que o acordo se traduzirá, então.

2.3. *Um stop gap agreement* (70) é um acordo que se assume como um expediente temporário para governar as relações entre as partes enquanto estas prosseguem as suas negociações (71), como, por exemplo, quando, durante as negociações de um contrato para a realização de uma dada construção, acordam em que, entretanto, o empreiteiro possa logo iniciar as obras, eventualmente prevendo regras sobre repartição de despesas ou compensação de gastos, para o caso de as negociações não chegarem a bom termo. Na verdade, o «stop gap agreement», em si, é definitivo, no sentido de que os seus próprios termos não têm mais que ser negociados (72); mas é um acordo intermédio, pois é celebrado antes do termo das negociações do contrato final e não consubstancia a regulamentação que virá a ser a própria do contrato final (73).

3. Que podemos nós retirar, para o nosso Direito, da experiência anglo-saxónica, nomeadamente, da experiência norte-americana? *Os acordos intermédios no Direito português relevam no confronto com o regime da responsabilidade pré-contractual?*

---

(69) FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., p. 257.

(70) Que, à letra, se traduziria por «acordo para colocar fim a um vazio (ou lacuna)».

(71) FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., p. 252.

(72) FARNSWORTH, cit. *Precontractual Liability*..., p. 252.

(73) Dois aspectos estes que o distinguem do contrato-promessa, o qual já contém os termos que consubstanciarão o conteúdo do contrato prometido e, como dissemos, encerra, por isso mesmo, as negociações, não se configurando, portanto, de acordo com o critério aqui adoptado, como um acordo intermédio (ainda que seja preliminar do contrato definitivo).

3.1. Pois bem, em primeiro lugar, e porque tais acordos são igualmente frequentes na «Civil Law», podemos começar por fazer uma correspondência terminológica, mas adoptando uma nomenclatura conforme à nossa língua. Usando daquele arbítrio que é privilégio de todo o autor <sup>(74)</sup> — para mais, quando se trate de matéria menos trabalhada — e sem prejuízo de reconhecermos não só a insuficiência da terminologia adoptada, como até a possibilidade de outra melhor poder vir a ser proposta, nós faremos corresponder ao «agreement to negotiate» o «*acordo de negociação*», ao «agreement with open terms» o *acordo parcial* e ao «stop-gap agreement» o *acordo instrumental de transição*.

3.2. Feita a correspondência, qual, então, a relevância jurídica possível de tais acordos no nosso direito?

Bem entendido que o enquadramento jurídico — o sistema — português diverge do anglo-saxónico. Neste ou não se reconheceu ainda um dever geral de negociar de boa fé — como na Inglaterra — ou — como nos Estados Unidos — tal dever não ganhou o pleno reconhecimento que tem no nosso direito. O mesmo é dizer que, ali, os acordos intermédios (e pensemos agora no «agreement to negotiate») podem ser a única via — e ainda assim limitadamente, na Inglaterra — ou a principal via que assegure uma protecção jurídica à fase negocial — como nos EUA, quando não seja o caso de serem actuadas as figuras da «misrepresentation» ou da «promissory estoppel». Aqui, não é assim ou não é exactamente assim: está legalmente consagrado o princípio de que, mesmo nas negociações para a conclusão de um contrato, as partes devem actuar de boa fé (art. 227º do C.C.). Se assim é, poder-se-ia mesmo pensar na desnecessidade de um acordo de negociação, por exemplo. Para quê estipular o dever de negociar de boa fé se ele resulta já da lei?

---

(74) Como que limitando-nos nesse arbítrio, apoiar-nos-emos, contudo, para designar os dois primeiros tipos de acordos intermédios, em nomenclaturas já sugeridas ou consagradas em língua francesa: «*contrat de négociation*» (aliás, praticamente uma simples tradução da expressão inglesa «*contracts to negotiate*») e «*contrat partiel*» (Vide JOANNA SCHMIDT, cit. *Négociation et conclusion des contrats*, pp. 201 e 245. Esta mesma terminologia é seguida por J. CALVÃO DA SILVA, cit. *Estudos de Direito Civil...*, pp. 60-64 (com a particularidade de usar em sinonímia as expressões «*acordo de negociação*» e «*acordo de princípio*»).

Na verdade e em geral, tais acordos preliminares têm ou podem ter relevância jurídica própria. É certo que, quando as negociações conduzem à celebração de um contrato final, os acordos intermédios celebrados são *absorvidos* por aquele: a sua relevância pode situar-se, então, no domínio da *interpretação* do contrato final, relevando tais acordos simplesmente como mais um elemento de interpretação deste último. Contudo, quando considerados *antes e independentemente* da celebração do contrato final, tais acordos intermédios parece deverem relevar: em termos gerais, o simples facto de as partes — podendo não o fazer — comprometerem-se em acordos intermédios, não pode deixar de ter o significado de tais instrumentos servirem à maior segurança das partes, à precisão ou concretização dos seus deveres, ao reforço da intensidade do dever de negociar de boa fé.

Em termos gerais. Mas analisemos agora, em relação a cada um dos acordos intermédios referidos, a sua possível relevância jurídica.

### 3.2.1. Começemos pelo *acordo de negociação*.

Através deste acordo, já o sabemos, as partes comprometem-se a empreender ou continuar a sua negociação, de boa fé, normalmente estabelecendo-se que farão os seus melhores esforços no sentido de conduzirem as negociações a bom termo. Enfim, pode dizer-se que, genericamente, as partes obrigam-se a empenhar-se honestamente na negociação com o objectivo de chegar ao acordo final.

Ora, a nosso ver, é nesse *dever* — voluntariamente assumido — *de empenho na negociação*, nesse *dever de continuar a negociar em ordem a tentar o acordo final* que se consubstancia um «*plus*» relativamente ao dever geral de negociar de boa fé, consagrado na lei: este não postula qualquer dever de continuar a negociar.

É que não nos podemos esquecer de que aquele princípio de negociar de boa fé vê-se por algum modo limitado pelo outro e fundamental princípio da liberdade de não contratar. Pelo que, de regra, aquele será chamado a actuar, acarretando responsabilidade pré-contratual, quando as partes violem algum daqueles deveres

decorrentes do dever geral de negociar de boa fé <sup>(75)</sup>; mas, pelo facto mesmo de uma parte terminar as negociações, pela ruptura das mesmas, não, ou apenas em casos manifestamente extremos <sup>(76)</sup>, dada a liberdade de não contratar. Desse modo, uma parte pode pura e simplesmente terminar as negociações, invocando que a sua perspectiva negocial mudou ou dando uma qualquer outra vaga explicação, que não se vê que tal, por si só, acarrete responsabilidade pré-contratual. Mas a 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* <sup>(77)</sup>. Parece que, a partir daí, aquelas vagas justificações para quebrar um contrato já não serão aceitáveis, tanto mais que, normalmente, a celebração de um acordo de negociação já ocorre num estado relativamente avançado das negociações: se se diz que já não se quer contratar, porque se mudou simplesmente de perspectiva, a obrigação de empenhamento não é cumprida. E com isso saem goradas expectativas muito justamente e até certo ponto criadas pela celebração daquele acordo. A responsabilidade civil pode ter lugar então, sobre a base do incumprimento daquela obrigação voluntariamente assumida; quando, de outro modo, dificilmente operaria. Trate-se — não parece importante a qualificação — de responsabilidade contratual, por resultante da violação

---

<sup>(75)</sup> Violação que pode concretizar-se através de declarações enganosas produzidas — a respeito de factos ou circunstâncias relevantes para as negociações — numa carta de intenções ou num acordo intermédio, v.g., uma falsa declaração de um dos negociadores sobre a real probabilidade ou intenção de concluir o contrato. Vide M. LUTTER, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>(76)</sup> Sob pena de o aplicador do Direito, mormente o juiz, interferir onde não deve interferir. De facto, a aplicação do princípio da responsabilidade pré-contratual tem de ser limitada quando esteja em causa a ruptura das negociações e seja por causa desta que ela seja equacionada. A salutar aplicação da responsabilidade pré-contratual, baseada no princípio geral da boa fé aplicado às negociações de um contrato, não pode ser levada longe de mais. Assim o advertem também — apesar de firmes defensores do conceito e da sua aplicação ao domínio pré-contratual — F. KESSLER/E. FINE, *ob. cit.*, p. 449: «Of course, there are real dangers in any overenthusiastic and indiscriminate embracing of good faith notions».

<sup>(77)</sup> «The existence of a letter of intent intensifies the obligation to negotiate in good faith» — U. DRAETTA/R. LAKE, cit. *Letters of Intent and Precontractual Liability*, p. 850. Vide também M. FONTAINE, cit. *Les Lettres d'Intention*, p. 108 e cit. *Droit de Contracts Internationaux...*, p. 39.

do acordo de negociação <sup>(78)</sup>; trate-se, ainda, de responsabilidade pré-contratual, perspectivando-se, nesse caso, o acordo de negociação como dando «um conteúdo mais substancial» <sup>(79)</sup> ao dever geral de negociar de boa fé, «funcionando» pois aquele como uma condição concreta e concretizante daquele dever geral, nomeadamente, no caso de ruptura das negociações sem causa justificativa.

É claro que o que se diz vale como um princípio. Em cada caso, perante cada acordo de negociação, importa atentar no seu carácter e naquilo que as partes efectivamente quiseram e, nomeadamente, se quiseram algo mais do que aquilo que legalmente lhes é exigível.

*No reverso*, haverá que ter em conta se as partes pretenderam afastar aquilo que legalmente lhes seria exigível: as partes podem deixar claro que a ruptura das negociações, em qualquer momento e por qualquer motivo, não acarretará nunca responsabilidade para aquele que as rompa. Num caso como este, em que não se trata de afastar deveres — decorrentes do dever geral de negociar de boa fé — aplicáveis ao decurso das negociações, como o dever de veracidade das declarações ou o de informação (além de absurda seria inválida uma cláusula que eliminasse o dever geral de negociar de boa fé), mas a própria aplicação de responsabilidade por uma ruptura injustificada, não se vê por que não haja de ser assim. A contanto que a cláusula desse acordo intermédio seja válida, nomeadamente, já por não ir ao ponto de excluir a responsabilidade no caso de ruptura dolosa, já por não haver sido ditada pelo abuso de uma parte «forte» sobre a outra «fraca», posto que tal constituiria um meio — em si mesmo abusivo — de contornar a possível aplicação de disposições legais de responsabilidade, o que não seria, por isso, admissível. Não se vê, de facto, por que não possam as partes, em consenso, assumir validamente sobre si o risco de uma ruptura injustificada das negociações. A ser assim, teremos aqui um caso em que a possível aplicação «ex vi legis» — embora possível só em casos extremos — da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações é afastada, de todo, em virtude da existência de um acordo das partes nesse sentido.

---

<sup>(78)</sup> Como parece defender ALMEIDA COSTA, cit. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações...*, p. 47.

<sup>(79)</sup> MARCEL FONTAINE, cit. *Droit des Contrats Internationaux*, p. 39.

3.2.2. Quanto ao *acordo parcial*, que possível relevância, «a se», se lhe pode atribuir?

A resposta não é fácil. Desde logo, importa fazer aqui uma distinção. Nós falamos de acordo parcial para designar aquele tipo de acordos intermédios que se configura como parte de um único prospectivado contrato final; não nos ocuparemos por isso, nem incluiremos no conceito, de acordos que, na verdade, muitas vezes, são, em si, definitivos, mas que, por se inserirem num grupo de contratos interligados, se dizem de parciais, referido o todo àquele grupo <sup>(80)</sup>.

Na verdade, tudo depende da vontade das partes a apurar por interpretação. E tudo depende também do tipo de cláusulas sobre as quais já há acordo e do tipo de cláusulas em aberto, nomeadamente do seu carácter essencial ou não em relação ao contrato final prospectivado.

Desde logo, a sua relevância participará da relevância do mero acordo de negociação na medida em que dele resulta a obrigação voluntariamente contraída de empenho nas negociações. Neste sentido e quanto à não conclusão do contrato final, por quebra das negociações, podemos remeter-nos para o que acima ficou dito, quanto à relevância no nosso direito de um acordo de negociação.

Depois, tem-se entendido que as partes ficam vinculadas aos termos já acordados, no sentido e apenas no sentido de que, unilateralmente, não poderão reabrir a negociação sobre eles, salvo na medida em que tal seja implicado pelo resultado da continuação das negociações <sup>(81)</sup>, estas mesmas apenas devendo continuar para as partes tentarem o acordo sobre os pontos ainda «em aberto», ainda não acordados.

---

<sup>(80)</sup> Vide JOANNA SCHMIDT, cit. *Négociation et conclusion des contrats*, pp. 246-248 e 254 e ss. e J. CALVÃO DA SILVA, cit. *Estudos de Direito Civil...*, p. 64 (ao reportar-se à «interdependência» dos vários contratos concorrentes para a realização da mesma operação).

<sup>(81)</sup> Ou implicado pela evolução de negociações com um terceiro, que sejam, estas mesmas, necessárias à concretização do acordo das partes — Vide M. FONTAINE, cit. *Les Lettres d'Intention*, p. 108 e cit. *Droit des Contrats Internationaux...*, p. 39. No sentido exposto no texto, também, entre nós, J. CALVÃO DA SILVA, cit. *Estudos de Direito Civil...*, p. 64. Contra: U. DRAETTA/R. LAKE, cit. *Letters of intent and Precontractual Liability*, pp. 853/854.

Finalmente, não estando o contrato final sujeito a forma mais exigente do que aquela por que foi celebrado o acordo parcial, e se, ainda, desse acordo parcial já resultarem acordadas as cláusulas essenciais do contrato final, parece concebível que se possa questionar se o contrato não poderá ser judicialmente integrado<sup>(82)</sup>.

Inclinamo-nos para a positiva, contanto que, do acordo parcial ou, enfim, das negociações, resulte claro que as cláusulas acordadas sejam de facto as essenciais *para as partes*<sup>(83)</sup> e, consequentemente, resulte claro que a posterior arguição por uma das partes de que as cláusulas em aberto são essenciais seja uma arguição que não colha, por contradizer a verdade da negociação. Nesse caso, as cláusulas em aberto — com regulamentação omissa pelas partes — não-de ser integradas segundo os critérios definidos no art. 239.º do C.C., com esta particularidade: não se tratando de um ponto que as partes não hajam previsto — posto que o previram mas não chegaram a acordo — e na falta de disposição legal supletiva, a integração há-de fazer-se com um apelo «mais forte», se assim se pode dizer, aos ditames da boa fé. O contrato será integrado de acordo com o que as partes devem querer agora, em face dos ditames da boa fé. Uma tal solução — a do recurso à integração — pode justificar-se, entretanto, num princípio da própria responsabilidade civil: o da reparação em espécie, sempre que possível, sendo certo que o mesmo opera aqui pela exequibilidade do próprio contrato contra a vontade da parte faltosa.

Mas — dir-se-á — neste caso não estamos em face de um contrato intermédio mas de um contrato final. Se, em termos práticos, verificados os condicionalismos indicados e adoptada a solução propugnada, de facto a situação é similar, não nos devemos esquecer desta diferença: as partes não tinham ainda encerrado as negociações, ao contrário do que sucede num contrato final. Daí que a eventual integração dos pontos omissos opere não na base da

---

<sup>(82)</sup> Vide MARCEL FONTAINE, cit. *Droit des Contrats Internationaux*, pp. 41-42.

<sup>(83)</sup> Casos há — mas que se coadunam mal com o carácter complexo dos contratos aqui perspectivados — em que a omissão das partes a respeito de um elemento essencial do contrato não obsta à sua determinação por critérios supletivamente previstos na lei. Vide, v.g., o art. 883.º do Código Civil sobre a determinação do preço.

imprevisão das partes — ou da falta de regulamentação assumida por acordo <sup>(84)</sup> — mas na base da falha de acordo quanto aos mesmos.

Entretanto, as partes podem chegar a um acordo parcial, até albergando já todas as cláusulas essenciais, mas ressaltar o caráter condicionado do seu consentimento, ressaltar, afinal, que tal acordo não deve ser visto como juridicamente vinculativo, apondo-lhe uma referência similar à cláusula anglo-saxónica «subject to contract» ou à francesa «sans être contractuel». Nesse caso, uma vez que as partes o ressaltam consensualmente, parece que há-de respeitar-se a sua vontade, no que concerne, bem entendido, ao conteúdo desse acordo; mas, de princípio, manter-se-á a decorrente obrigação de continuar as negociações de boa fé.

Enfim, apurado que o acordo parcial não incide sobre todas as cláusulas consideradas essenciais pelas partes, então, a relevância dele reconduz-se à que deixamos referida acima para o acordo de negociação, sem poder deixar de se ter em conta o próprio reforço da obrigação de negociar de boa fé, resultante de já haver até acordo sobre determinados aspectos, sem se deixar de ter em conta, pois, o estágio, assim necessariamente avançado, das negociações.

### 3.2.3. Finalmente, o *acordo instrumental de transição*.

Este tipo de acordos intermédios ocorre acessória ou instrumentalmente no decurso de uma negociação, estabelecendo, para diversas situações, um regime transitório, em trânsito para aquele que definitivamente as regulará, uma vez que as partes ajustem na celebração do contrato final. Pode tratar-se, como já referimos, de um acordo que, por exemplo, preveja o início dos trabalhos preparatórios para a construção de um dado empreendimento, ainda que, ressaltando as partes não haverem acordado definitivamente sobre ele, se limite a determinar por isso os termos em que tais trabalhos poderão ser iniciados e as consequências — suportaçã das despesas — de não chegarem a acordo sobre o próprio empreendimento; pode tratar-se de um acordo definindo os termos da suportaçã das despesas com a própria negociação do contrato final em vista; pode

---

<sup>(84)</sup> Isto é, pretendendo as partes a aplicação da solução supletivamente prevista pela lei.

tratar-se de um acordo pelo qual uma dada sociedade se obrigue, durante as negociações dirigidas à aquisição do seu «negócio» ou à aquisição do controlo dela própria por outra, a manter justamente o seu giro negocial a um determinado nível, etc..

Tais acordos, além de, instrumentalmente, servirem, «medio tempore», à criação de bases materiais para a consecução do objetivo pretendido pelo contrato final, relevarão, fundamentalmente, por fazerem vigorar para as situações provisórias ou transitórias de que se trate uma regulamentação querida pelas partes, evitando, no caso de as negociações se gorarem, um possível litígio sobre essas situações, para cuja resolução houvesse de apelar-se a figuras legais — que se aplicariam, pois, na falta desse acordo — como a da própria responsabilidade pré-contratual ou a do enriquecimento sem causa.

#### IV

### Conclusão

O tempo escasso insta-nos a concluir. Fica a ideia da importância da consideração dos acordos intermédios nos contratos de maior vulto e complexidade, que não se resumem, no seu «iter» formativo, à linearidade de uma proposta e de uma aceitação. Um pouco por todo o lado, acentua-se a tendência no sentido do reconhecimento da sua relevância jurídica: desde o Direito norte-americano, onde o problema primeiro e mais desenvolvidamente se discutiu, passando pelo até agora mais renitente Direito inglês, até ordens jurídicas de países de «Civil Law». Pela nossa parte, julgamos que, no Direito português, a sua relevância jurídica deve ser reconhecida, mesmo perante a existência da obrigação geral — legalmente consagrada e sempre defensável como princípio jurídico — de negociar de boa fé e, conseqüentemente, mesmo perante a existência da legalmente consagrada responsabilidade pré-contratual. Já por poderem implicar responsabilidade, onde, de outro modo, muitas vezes, nenhuma responsabilidade poderia operar; já por poderem afastar a responsabilidade, onde, de outro modo, esta operaria.