

## NEGOCIAÇÕES E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS (\*)

*Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (\*\*)*

### **Resumo**

*O presente estudo visa analisar a questão do carácter vinculativo das negociações relativas à celebração dos contratos comerciais internacionais, especialmente na hipótese em que as partes trocam cartas de intenção relativamente a essa negociação. Defende-se que a emissão das cartas de intenção deve ser distinguida de situações em que já se encontra formado o contrato comercial internacional, ainda que não esteja adoptada a forma convencionada pelas partes. Analisam-se os vários graus de relevância das cartas de intenção consoante o cariz do compromisso assumido, defendendo-se, porém, que o seu desrespeito deve gerar apenas responsabilidade pré-contratual e não a sujeição à execução específica, uma vez que o elemento definidor das cartas de intenção é a manutenção da liberdade de celebração do contrato.*

*Em seguida examinam-se os diversos tipos de acordos preliminares que podem ocorrer nas negociações para a celebração do contrato comercial internacional, designadamente os acordos de confidencialidade, os acordos de exclusão de oferta pública de aquisição hostil e os acordos de negociação exclusiva.*

---

(\*) O presente trabalho destina-se aos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Duarte Gomes da Silva.

(\*\*) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

*Finalmente, analisa-se a possibilidade de aplicação da responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais, em face da sua diferente admissibilidade nos países da família romano-germânica e nos países da common law.*

## 1. Introdução

O tema que iremos tratar situa-se no âmbito da formação dos contratos comerciais internacionais, procurando-se examinar a questão da natureza vinculativa da negociação e dos acordos preliminares relativos a estes contratos <sup>(1)</sup>.

Esta questão assume hoje em dia relevância jurídica especial. Efectivamente, a sempre referida tendência de globalização da economia, com a abolição de barreiras alfandegárias às empresas estrangeiras, leva a que as empresas operem num mercado mundial ou em vastas áreas comercialmente integradas. Esta situação vem implicar a generalização da celebração de contratos que transcendem as fronteiras de um ordenamento jurídico, situação que há uns anos se apresentava como excepcional e restrita a um número limitado de operadores internacionais, e que poderia ser resolvida no sistema jurídico de cada Estado através das regras do seu Direito Internacional Privado. Hoje em dia a generalização dos operadores internacionais e a multiplicação de contratos comerciais internacionais torna cada vez mais problemática a mera utilização das regras de conflitos internas de cada Estado para resolução das questões que surgem no âmbito dos contratos comerciais internacionais.

Esta generalização dos contratos comerciais internacionais não foi, porém, ainda acompanhada, salvo no que se refere à *lex mercatoria* <sup>(2)</sup> pela criação de um corpo unitário de regras relativas

---

<sup>(1)</sup> Este tema não é frequentemente tratado na doutrina portuguesa. Veja-se, porém, MENEZES CORDEIRO, *Das cartas de conforto no Direito bancário*, Lisboa, Lex, 1993, pp. 21-23, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 408-409 e *Tratado de Direito Civil Português*, I — *Parte Geral*, tomo I, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 313-315, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Negociação e formação de contratos (Parecer)”, em ID, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 41-78 e EDUARDO SANTOS JÚNIOR “Acordos intermédios: Entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato”, na R.O.A. 57 (Abril 1997), pp. 565-604.

<sup>(2)</sup> A *lex mercatoria* consiste num sistema jurídico supranacional, distinto autónomo, dos direitos nacionais, e directamente aplicável em, lugar destes aos contratos inter-

à formação do contrato, que possam servir para satisfazer as exigências do comércio internacional. Actualmente, apesar de alguns esforços das organizações internacionais<sup>(3)</sup>, dos Estados<sup>(4)</sup>, ou dos organismos privados representativos do mundo dos negócios internacionais<sup>(5)</sup>, o regime aplicável aos contratos comerciais ainda se apresenta como em grande parte monopólio dos legisladores nacionais, o que constrange as empresas a operar numa espécie de “babel jurídica”, tanto os direitos aplicáveis<sup>(6)</sup>. Obviamente, porém, que esta realidade jurídica fragmentada é fonte de inúmeros problemas para as empresas, quer devido ao desconhecimento do direito aplicável ao contrato celebrado, quer devido à enorme disparidade de soluções jurídicas com que podem vir a ser confrontadas, nos diversos países em que exercem a sua actividade.

Surge, portanto, a necessidade de construir uma disciplina jurídica simples e uniforme aplicável aos contratos internacionais. Esta disciplina jurídica pode, no entanto, ser criada através do recurso a um princípio presente em quase todos os diversos sistemas jurídicos: o princípio da autonomia privada. Este princípio permite às partes adoptar uma de três soluções, para obviar à diversidade de sistemas jurídicos potencialmente aplicáveis:

- 1) redigir os contratos internacionais por forma a incluir neles regras substanciais relativamente uniformes, qualquer que seja a lei aplicável;

---

nacionais. O seu surgimento ocorre a partir dos anos 60 em virtude da generalização de práticas comerciais uniformes nos contratos internacionais, e à sua constante referência especialmente nos contratos entre privados e Estados, onde nem os privados estavam dispostos a aceitar a aplicação da lei do Estado contratante nem o Estado a de um Estado terceiro. A sua constante utilização nesses contratos levou à sua generalização aos contratos entre privados. Cfr. FABIO BORTOLOTTI, *Diritto del Contratti Internazionali, Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, Cedam, 1997, pp. 33 e ss. Entre nós, veja-se LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum (joint-venture) em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Cosmos, 1998, pp 605 e ss.

<sup>(3)</sup> De que é exemplo o trabalho da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional), que levou à aprovação da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias.

<sup>(4)</sup> Os Estados têm mostrado uma grande abertura à recepção das soluções internacionais, como se demonstra pela aceitação que tem tido a Convenção de Nova York de 1958 sobre a Arbitragem Internacional.

<sup>(5)</sup> Onde se deve salientar o papel da Câmara de Comércio Internacional, particularmente na codificação dos usos de comércio internacional, como os Incoterms.

<sup>(6)</sup> Seguimos FABIO BORTOLOTTI, *op. cit.*, p. 3.

- 2) remeter uniformemente para uma legislação estrangeira ou internacional, ainda que ela não fosse potencialmente aplicável. Neste último âmbito, as partes podem remeter para a *lex mercatoria* ou para regras uniformes privadas (como os Incoterms ou os Princípios Unidroit) <sup>(7)</sup> ou ainda declarar aplicáveis as convenções internacionais não subscritas pelos seus Estados (por exemplo, a Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional).
- 3) submeter o litígio a tribunais ou árbitros pré-determinados por forma a evitar a diversidade de soluções jurídicas aplicáveis <sup>(8)</sup>.

Daqui resulta um novo problema colocado aos redactores de contratos internacionais, que mais do que terem que tomar em consideração como intérpretes as regras pré-dadas do direito interno, assumem o papel de criadores de novas regras. A negociação e redacção de contratos internacionais é assim um exemplo de criação jurídica, onde o próprio redactor determina as regras do jogo.

Efectivamente, a circunstância de o contrato internacional se colocar entre vários ordenamentos jurídicos ou sujeito a normas de conteúdo transnacional produz uma incerteza normativa, a que as partes procuram pôr termo através da introdução de instrumentos contratuais distantes da legislação nacional, que se caracterizam por uma tendencial completude e autosuficiência, permitindo resolver todas as questões que podem surgir entre as partes sem recurso às legislações nacionais.

Esta introdução de instrumentos destinados a regular expressamente as questões surgidas entre as partes no âmbito de um con-

---

<sup>(7)</sup> As regras uniformes privadas permitem suprir a lacuna de um regime aplicável aos contratos internacionais, ao permitir aos operadores privados introduzi-las *per relationem* nos seus contratos. Não constituindo, por si, uma fonte de direito, o seu recebimento *per relationem* através da autonomia privada permite que venham implicitamente a fazer parte do contrato, uma vez que a sua enorme difusão leva a que as partes as tenham em vista, ainda que lhes falte uma referência expressa. Neste âmbito, assumem especial relevância os princípios Unidroit, elaborados por um grupo de trabalho composto de representantes de diferentes sistemas jurídicos e socio-económicos, que se propuseram enunciar normas comuns à maior parte dos sistemas jurídicos existentes e ao mesmo tempo criar novas regras para responder às exigências específicas do comércio internacional. Cfr. sobre estes a obra colectiva organizada por MICHAEL J. BONELL/FRANCO BONELLI, *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Milano, Giuffrè, 1997.

<sup>(8)</sup> Socorremo-nos novamente da lição de BORTOLOTTI, *op. cit.*, pp. 4 e ss.

trato comercial internacional pode, porém, ocorrer sem que as partes tenham ainda celebrado qualquer contrato, ou seja, durante a fase das negociações. Surgem, por isso, diversos instrumentos, destinados a disciplinar, já não um contrato futuro, mas antes a própria forma como decorrerão as negociações. Destes instrumentos, o mais importante são as cartas de intenção (*letters of intent*), havendo ainda que referir os acordos de confidencialidade (*confidentiality agreements*), os acordos de não oferta pública de aquisição hostil *non hostile take-over agreements*) e os acordos de negociação exclusiva (*standstill agreements*).

Examinemos então estes acordos.

## 2. As cartas de intenção (*letters of intent*)

### 2.1. Generalidades

Um caso de evolução da prática internacional, que não tem aplicação semelhante em direito interno diz respeito à denominada eficácia jurídica de certos documentos que as partes trocam entre si durante a fase das negociações para a formação de um contrato internacional, e que doutrina tem vindo a denominar de *letters of intent*, *memorandum of understanding*, *heads of agreement* na língua inglesa ou por *lettres d'intention* ou *protocole d'accord* em língua francesa e que poderemos traduzir literalmente em português por cartas de intenção. Estas cartas são normalmente inseridas em negociações contratuais complexas, relativas a contratos de negociação continuada ou progressiva, e destinam-se essencialmente a cristalizar o estado das negociações em determinado momento. Por esse motivo, a eficácia das cartas de intenção normalmente não é disciplinada nas normas relativas à formação dos contratos internacionais, já que estas apenas disciplinam a simples formação dos contratos internacionais, não a da sua negociação continuada e formação complexa <sup>(9)</sup>. Efectivamente, se se conferir

---

<sup>(9)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Ancora sulla efficacia delle lettere di intento nella prassi commerciale internazionale", em *Rivista di Diritto Internazionale Privato e processuale*, XXI (1985), 4, pp. 763-772 (764)

a este propósito os arts. 14.º e ss. da Convenção UNCITRAL de Viena sobre a Venda Internacional das Mercadorias, de 11 de Abril de 1980 e os artigos 2.1. e ss. dos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais, verificar-se-á que estes apenas disciplinam a formação dos contratos comerciais internacionais a partir da emissão da proposta contratual, nada referindo sobre o decurso das negociações ou sobre uma eventual formação do contrato por fases.

Destas normas não resulta assim resolvido o problema de saber se os documentos que as partes trocam entre si durante uma negociação complexa pertencem ainda à fase das negociações ou se já ocorreu uma pré-formação de um contrato, que vincule as partes ao seu conteúdo.

Assim, a questão jurídica colocada pelas cartas de intenção diz respeito à sua eficácia vinculativa ou não para as partes, seja quando têm idoneidade para já estabelecer direitos ou obrigações específicas para as partes, seja quando se limitam a atestar o estado das negociações relativamente a um certo momento, não assumindo ainda a perfeição necessária à constituição de obrigações.

## **2.2. Distinção entre cartas de intenção e pré-formação do contrato comercial internacional. As regras internacionais relativas à formação dos contratos**

Por vezes as cartas de intenções já documentam a existência de um acordo sobre todos os elementos essenciais do contrato (*essentialia negotia*) deixando apenas para futuro acordo algumas questões marginais e acessórias. Nesse caso, porém, face à regra consagrada no art. 232.º do nosso Código Civil, não haveria ainda contrato, pois este só fica concluído a partir do momento em que as partes acordem sobre todas as cláusulas em relação às quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo, não bastando assim o acordo sobre os elementos essenciais do contrato. Esta regra corresponde à teoria clássica da formação do contrato e é comum aos sistemas da *civil law* e da *common law*, sendo designada nestes últimos pelo nome de *mirror image rule*, na medida em que exige que a aceitação apareça como um espelho integral da

proposta, pois se houver alguma variação entre elas (aditamentos e modificações na aceitação), o contrato deixa de se formar<sup>(10)</sup>. Uma aceitação com modificações ou aditamentos é qualificada em quase todos os ordenamentos como uma contraproposta, apenas levando no nosso sistema à conclusão do contrato se o anterior proponente no prazo do art. 228.º emite uma aceitação.

Porém, estas regras, sendo comuns a todos os ordenamentos jurídicos, são consideradas estranhas para os operadores comerciais internacionais, uma vez que, obtido um acordo sobre as denominadas condições comerciais (quantidade e qualidade das mercadorias, data de entrega, preço e condições de pagamento) é considerado incongruente que o contrato não venha a ser considerado como concluído em virtude da falta de acordo sobre pontos marginais (como as meras questões jurídicas incluídas nas cláusulas contratuais gerais)<sup>(11)</sup>. A prática comercial internacional afastou-se, por isso, da rigidez absoluta com que é entendida a *mirror image rule* nos direitos internos, admitindo casos de formação do contrato sem que haja acordo sobre todos os elementos acima referidos. Assim, por exemplo, o art. 19.º da Convenção UNCITRAL de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias contém a mesma regra do art. 233.º do nosso Código Civil de que a aceitação com aditamentos e modificações importa rejeição da proposta e equivale a uma nova proposta, mas o seu n.º 2 acrescenta que a resposta a uma proposta que pretenda ser uma aceitação, mas contenha aditamentos ou modificações tais que não alteram substancialmente os termos da proposta constitui aceitação, desde que o autor da proposta não venha, sem atraso injustificado, a relevar oralmente a existência de divergências ou a enviar comunicação nesse sentido; se ele não objectar pelo modo indicado os

---

<sup>(10)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Ancora sulla efficacia..." (cit.), p. 766. Esta conclusão aparece expressamente referida em RUDOLF B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of contracts. A study of the common core of the legal systems*, I, New York/London, Oceana Publications/Stevens & Sons, 1968, p. 126.

<sup>(11)</sup> Cfr. BORTOLOTTI, *op. cit.*, pp. 121, nota (1). Para UGO DRAETTA, "Criterio redazionale di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e SME", em *Diritto del Commercio Internazionale*, 1987, 1, pp. 239-272 (252), esta distinção entre "cláusulas comerciais" e "cláusulas legais", embora radicada na crença de muitos operadores económicos, não tem qualquer fundamento para o jurista.

termos do contrato serão os da proposta com as modificações contidas na aceitação <sup>(12)</sup>.

A mesma solução aparece no n.º 2 do art. 2.11. dos Princípios UNIDROIT, que prevêem precisamente regras mais flexíveis de formação dos contratos. Assim, o art. 2.14 refere expressamente que a circunstância de as partes deixarem determinado ponto para futuras negociações ou para determinação de um terceiro não impede o contrato de se formar, não sendo sequer a sua vigência afectada pelo facto de as partes futuramente não chegarem a acordo sobre esse ponto, ou o terceiro não o venha a determinar. Apenas se durante as negociações uma das partes insiste em que o contrato não seja concluído enquanto não houver acordo sobre determinadas matérias ou através de uma forma específica é que a ausência de acordo sobre essas matérias ou a não adopção da forma prevista impede a conclusão do contrato (art. 2.13. dos Princípios UNIDROIT).

O art. 2.12. dos Princípios UNIDROIT incorpora expressamente no contrato os denominados *writings in confirmation*, prevendo que se depois de um período razoável após a formação do contrato for expedida uma carta de confirmação que contenha aditamentos ou modificações, essas cláusulas tornam-se parte do contrato, a menos que o alterem substancialmente ou o receptor, sem atraso injustificado, objecte à discrepância. Trata-se do reconhecimento no comércio internacional de uma prática utilizada especialmente na Alemanha, onde a jurisprudência, com base num direito consuetudinário, reconhece eficácia à denominada carta de confirmação (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*), onde as partes depois de chegarem a acordo sobre os elementos essenciais (por telefone ou fax) pretendem introduzir no contrato por carta elementos mais detalhados <sup>(13)</sup>. A expressão “carta de confirmação” é, no entanto, uma ficção jurídica, pois não houve acordo sobre esses aditamentos ou modificações, ocorrendo neste caso a rele-

---

<sup>(12)</sup> O n.º 3 do art. 19.º esclarece que se consideram modificações essenciais entre outras, as que dizem respeito ao preço, o pagamento, a qualidade e a quantidade e a qualidade das mercadorias, o lugar e o tempo da entrega, a extensão da responsabilidade de uma das partes no confronto com a outra ou a resolução das controvérsias.

<sup>(13)</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 682 e ss., nota (558).



vância do silêncio como aceitação da modificação do contrato, que os Princípios UNIDROIT neste caso aceitam <sup>(14)</sup>.

Assim, caso as denominadas cartas de intenção já contenham todos os elementos essenciais do contrato, parece que mais precisamente se falará da verdadeira formação de um contrato comercial internacional, ainda que as partes prevejam uma sua futura formalização através da redacção de um específico documento. Efectivamente, tal documento consistirá num mero *instrumentum*, onde se realizará uma mera reprodução de compromissos já vinculantes para as partes <sup>(15)</sup>. Neste caso, não existirá assim uma verdadeira situação de cartas de intenção, no sentido de acordos pré-contratuais, mas antes de verdadeiros contratos já celebrados, cujo incumprimento sujeita as partes à responsabilidade contratual com indemnização pelo interesse contratual positivo.

### 2.3. As cartas de intenção em sentido próprio. Modalidades e relevância jurídica

Nas cartas de intenção em sentido próprio não surge, porém, a estipulação de direitos e obrigações para as partes e daí questionar-se a sua relevância jurídica. Efectivamente, nelas as partes procuram não assumir expressamente nenhuma obrigação, deixando aberta uma margem de incerteza sobre o seu cariz vinculativo, normalmente com a reserva mental de obrigar a outra parte sem se obrigar a si próprio. Daí que em certos casos a obscuridade e ambiguidade das cartas de intenção possa ser intencional, pretendendo-se levar a outra parte a não discutir o conteúdo das negociações registado, mas deixando a si próprio a liberdade para o continuar a discutir <sup>(16)</sup>.

Há vários exemplos de cartas de intenções deste tipo cujo conteúdo varia, consoante o alcance do estado das negociações nelas registado. Naturalmente que os seus efeitos jurídicos também serão diferentes em função desse estado.

---

<sup>(14)</sup> Cfr. BORTOLOTTI, *op. cit.*, pp. 131.

<sup>(15)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Ancora sulla efficacia..." (cit.), p. 767.

<sup>(16)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Criteri redazionale di lettere di intento alla luce dei casi Penzoil e SME", em *Diritto del Commercio Internazionale*, 1987, 1, pp. 239-272 (242) e BORTOLOTTI, *op. cit.*, pp. 135.

Em termos mínimos, as cartas de intenções podem-se limitar a registar a existência de negociações em curso, esclarecendo que ao momento nenhum acordo foi ainda alcançado e nenhum a responsabilidade poderá derivar da ruptura das negociações. Estas cartas de intenção servem normalmente apenas para justificar o tempo e as despesas empregues nas negociações, quando os negociadores venham a ser contactados a esse respeito pelas respectivas administrações. A responsabilidade pré-contratual pela ruptura negocial é, por isso, expressamente afastada, valendo estes acordos como reconhecimento pelas partes de que os estado das negociações em curso não justifica ainda a criação de situações de confiança, e m relação à conclusão das negociações (17).

Em seguida, podem as partes registar a existência de acordo sobre alguns pontos, especificando a decisão de continuar as negociações para tentar atingir o acordo completo, sendo livre, porém, a decisão de celebrar ou não o contrato. Trata-se, portanto, neste caso de um mero acordo de negociação (*agreement to negotiate*) e não de um contrato-promessa. Consequentemente, é óbvia a não existência de uma vinculação à celebração do contrato, mas já não é tão clara a inexistência de responsabilidade pré-contratual, em caso de ruptura injustificada das negociações. Deverá considerar-se que a assunção expressa da obrigação de continuar as negociações induz nas partes uma confiança justificada na futura celebração do contrato, havendo violação da boa fé e, consequentemente, responsabilidade pré-contratual, caso as negociações sejam arbitrariamente quebradas (18)

Finalmente, as partes podem registar a existência de acordo sobre todos ou quase todos os elementos do contrato, mas tornar a sua efectiva celebração dependente de condições de natureza variada. Não se trata da celebração de contratos sujeitos a condi-

---

(17) Não se destinam, por isso, esses acordos ao afastamento da aplicação dos deveres de boa fé nas negociações, ou à renúncia antecipada à indemnização pela sua violação, o que não consideramos admissível. Em sentido diverso, SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 600.

(18) Para SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 599, esta responsabilidade tem como fundamento o incumprimento da obrigação de negociar validamente assumida, o que implicaria a sua qualificação como responsabilidade contratual, apesar de o autor não considerar relevante a qualificação. A nosso ver, porém, do *agreement to negotiate* não resulta a atribuição de direitos de crédito, pelo que a situação será sempre de responsabilidade pré-contratual.

ção suspensiva ou resolutiva, mas antes de reenviar a conclusão do contrato para um facto futuro e incerto posterior, após a elaboração de uma minuta do mesmo <sup>(19)</sup>. Essas condições podem ser potestativas, como a aprovação do contrato pelos Conselhos de Administração das partes <sup>(20)</sup>, ou a obtenção de acordo sobre algumas variáveis ainda não determinadas no âmbito de um contrato-quadro (*open contract*), como o preço ou as quantidades e prazo de fornecimento. Mas podem ser também casuais, como a obtenção das autorizações administrativas necessárias, ou ainda mistas, como a obtenção de um financiamento junto de uma terceira entidade <sup>(21)</sup>. Nestas situações, tem-se colocado algumas dúvidas sobre se a verificação da condição implica ou não a obrigação de celebrar o contrato, tendo-se apresentado soluções diferentes em diversos casos judiciais. Assim no caso *I.R.I. versus Buitoni (SME)* <sup>(22)</sup> e no caso *Perugini* a carta de intenções foi considerada não vinculante pelos tribunais italianos. Pelo contrário, no caso *Getty versus Pennzoil*, a carta de intenções foi julgada relevante pelos tribunais dos EUA <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cfr. BORTOLOTTI, *op. cit.*, pp. 138, nota (51).

<sup>(20)</sup> Trata-se da cláusula "*subject to the approval of the board*". Essa cláusula pode significar tanto a formação de um contrato sujeito a uma condição potestativa como a reserva de não dar o seu acordo ao contrato sem obter previamente a aprovação da administração. Neste último caso, o acordo é considerado como carta de intenções relativa a um contrato já integralmente negociado e que as partes pretendem celebrar logo que obtida a aprovação. Cfr. BORTOLOTTI, *op. cit.*, p. 138.

<sup>(21)</sup> Cfr. UGO DRAETTA "Ancora sulla efficacia..." (cit.), p. 769.

<sup>(22)</sup> Trata-se de um caso em que as partes (I.R.I. e Buitoni) celebraram em 29 de Abril de 1985 uma carta de intenção documentando um acordo relativo à aquisição de 51% da sociedade S.M.E. fazendo depender, porém, a conclusão do contrato da obtenção das autorizações "de lei" e da aprovação do Conselho de Administração da I.R.I. Sucede, porém, que o *Ministerio delle Partecipazione Statali* italiano negou a autorização à alienação, o que levou a Buitoni a processar a I.R.I. por incumprimento contratual. Os tribunais italianos consideraram, porém, que o reenvio para as autorizações da lei e para a aprovação do Conselho de Administração, implicava o diferimento da celebração do contrato para uma *conditio juris*, cuja não verificação implicava não se poder considerar ocorrida a celebração. Cfr. UGO DRAETTA, "Criteri redazionale..." (cit.), pp. 250 e ss. (que reproduz o documento a pp. 270-272).

<sup>(23)</sup> O caso *Pennzoil* ocorre nos primórdios de 1984 e envolve as três importantes petrolíferas americanas, a Pennzoil, Getty e Texaco. Em 28/12/1983, a Pennzoil, pretendendo adquirir controlo sobre a Getty, lançou uma oferta pública de aquisição das suas acções a 100 dólares cada. Os dois principais accionistas da Getty, Gordon P. Getty, como representante fiduciário de Sarah C. Getty Trust e a Fundação J. Paul Getty Museum, que

O caso mais relevante onde a carta de intenções mais se aproxima de um contrato já celebrado consiste, porém, na situação em que há acordo sobre todos os elementos essenciais do contrato, mas nele é inserida a cláusula *subject to contract* ou *subject to a formal contract drawn up by our solicitors*. No âmbito dos direitos da *common law* esta cláusula é entendida pela jurisprudência como

---

detinham respectivamente 40,2% e 11,8% das acções propuseram à Pennzoil negociações, que envolvessem a sua entrada consensual na Getty e a retirada da oferta pública. Em 2/1/1984 as partes assinam um *memorandum of agreement*, apresentado como *plan*, onde se prevê uma complexa operação societária no termo da qual ficariam como únicos accionistas da Getty, a Pennzoil e o Sarah C. Getty Trust, representado por Gordon P. Getty, respectivamente com 43% e 57% das acções. A Fundação J. Paul Getty Museum deveria vender as suas acções à própria Getty, as quais seriam compradas pela Pennzoil a 110 dólares cada. A Pennzoil e Gordon P. Getty obrigavam-se *in good faith* a aprovar em 1984 um plano de reestruturação da Getty que envolvesse a sua gestão conjunta.

O facto de o *memorandum* ser apresentado como um *plan* dava uma ideia de não definitividade, o que era reforçado por nele se prever uma cláusula referindo “*subject to the 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*”. Só que simultaneamente em documento autónomo Gordon P. Getty obrigava-se a obter o consentimento da administração da Getty, se necessário com a substituição dos administradores discordantes.

A administração reúne no mesmo dia, expressando reservas ao acordo, mas aprova-o no dia seguinte, depois de a Pennzoil ter aceite aumentar o preço para 115 dólares por acção. As partes emitem assim um comunicado conjunto em 4/1/1984, onde se referem ao *memorandum* como *agreement in principle*, sendo referido, porém, que “*the transaction is subject to a definitive merger agreement*”, dele dependendo a retirada da oferta pública pela Pennzoil. Faltavam, no entanto, apenas resolver questões de ordem fiscal.

Só que em 5/1/1984 os dois accionistas da Getty entram em negociações secretas com a Texaco para a aquisição da Getty a 128 dólares por acção, negociações que se concluem no dia seguinte, sendo emitido um comunicado que anunciava o acordo e a aprovação da administração, obtida no próprio dia. Curiosamente nesse acordo, Gordon P. Getty obriga-se a ressarcir a Texaco de qualquer acção que lhe seja intentada pela Pennzoil.

A Pennzoil intenta nos tribunais do Dalaware uma acção pedindo a execução específica do *memorandum of agreement*, mas o tribunal indefere essa acção. Consequentemente, instaura contra a Texaco nos tribunais do Texas uma acção *in tort* em que pede a condenação da Texaco por ter induzido os accionistas da Getty a violar o seu acordo contratual, o que constituiria *intentional interference with contractual relations*. O Tribunal considera efectivamente ilícita a actuação da Texaco, em virtude de já existir um vínculo contratual entre os accionistas da Getty e a Pennzoil, e condena-a a indemnizar a Pennzoil por danos de sete mil milhões de dólares, e *punitive damages* de três mil milhões de dólares, depois reduzidos em recurso para mil milhões de dólares.

Cfr. UGO DRAETTA, “Criteri redazionale...” (cit.), pp. 243 e ss. (que reproduz o texto do *memorandum of agreement* a pp. 267-269) e BORTOLOTTI, *op.cit.*, pp. 141-142, e notas (63) a (65). Entre nós, veja-se SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 584 e ss., nota (48).

a intenção de adiar a vinculação das partes para a redacção e assinatura formal de um documento futuro, o que implica a consideração como nulo do acordo constante dos primeiros documentos <sup>(24)</sup>, que são configurados não como proposta contratual, mas como convites a contratar <sup>(25)</sup>. Assim, um acordo sujeito à cláusula *subject to contract* ou similar será igualmente qualificado como carta de intenção.

Assim, o elemento definidor principal das cartas de intenção reside na consideração pelas partes de que conservam a sua liberdade de celebração do contrato, considerando a carta de intenção como um episódio de negociações ainda não concluídas. Sempre que as partes demonstrem considerar concluídas as negociações ou excluam a sua liberdade de celebração do contrato, vinculando-se a essa celebração, estaremos perante a efectiva celebração do contrato ou perante um, contrato-promessa, não perante uma carta de intenção <sup>(26)</sup>.

É assim que surge o relevante problema jurídico de determinar a força vinculativa das cartas de intenção em sentido próprio. A opinião mais comum entre os operadores internacionais é a de que as cartas de intenção não têm relevância jurídica, já que delas não resulta a assunção de obrigações em sentido próprio, pelo que as partes continuariam livres de discutir também os pontos da negociação já versados nas cartas de intenção <sup>(27)</sup>. DRAETTA opõe-se a esta tese, considerando que as cartas de intenção desenvolvem o papel de recepção do dever de actuar segundo a boa fé nas negociações pré-contratuais e o incorporam nos usos do comércio internacional, afastando assim os abusos que resultariam da pura e simples aplicação do princípio da liberdade contratual (*freedom*

---

<sup>(24)</sup> Cfr. J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, 27<sup>th</sup> ed., Oxford, University Press, 1998, p. 69 que sustenta que a inserção desta cláusula num acordo implica a faculdade de as partes renegociarem as suas condições ou inclusivamente interromperem as negociações, mesmo no caso de já ter sido realizado um depósito inicial.

<sup>(25)</sup> A mesma solução é aliás adoptada pelo art. 223.º do nosso Código Civil, em caso de estipulação de uma forma convencional, embora se presuma que, quando a estipulação dessa forma ocorre no momento ou após a conclusão do acordo, ela teve apenas em vista a consolidação do negócio.

<sup>(26)</sup> Assim, UGO DRAETTA, "Criteri redazionale..." (cit.), pp. 251.

<sup>(27)</sup> J. BEATSON, *op. cit.*, p. 68 defende que nas cartas de intenção apenas é assumida uma "responsabilidade moral" quanto à conclusão das negociações.

*of contract*). As *letters of intent* retiram assim a sua eficácia jurídica do princípio da boa fé nas negociações para a formação de um contrato, servindo para determinar especificamente quais os comportamentos que, no entender das partes, são ou não conformes ao princípio da boa fé durante as negociações. Assim, as cartas de intenções podem servir para proibir comportamentos específicos ou para indicar um tal nível de progresso nas negociações que leve a considerar ilegítima a sua ruptura sem motivo justificado, uma vez que sem a sua existência nada poderia impedir uma das partes de romper livremente as negociações. Nos casos em que as cartas de intenções documentem já um acordo dependente de condições nem sequer a existência de justo motivo deverá permitir a ruptura das negociações, sem sujeição à responsabilidade pré-contratual, com indemnização pelo interesse contratual negativo <sup>(28)</sup>.

Entre nós, MENEZES CORDEIRO tem uma posição ainda no sentido de uma maior vinculação das cartas de intenção, defendendo que as cartas de intenção sedimentam os aspectos nelas consignados, constituindo um caso de contratação mitigada, que obriga pelo menos o seu signatário a prosseguir as negociações nos sentidos nelas referidos. Caso isso não aconteça, admite a possibilidade de execução específica, caso a carta de intenções seja tão precisa que dela se possa retirar o contrato a celebrar, admitindo a aplicação da indemnização compensatória apenas no caso contrário <sup>(29)</sup>.

A nosso ver, a possibilidade de execução específica não existe nas cartas de intenção. Efectivamente, esta pressupõe a celebração de um contrato-promessa, e com estes não devem ser confundidas as cartas de intenção, que embora documentem o progresso nas negociações excluem expressamente o compromisso da celebração do contrato. Efectivamente, a vinculação assumida nas cartas de intenção nunca é a de celebrar um contrato definitivo (caso em que se excluiriam futuras negociações relativas a esse contrato), mas antes a de continuar essas mesmas negociações. Ora, esta obri-

---

<sup>(28)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Ancora sulla efficacia..." (cit.), pp. 769-770.

<sup>(29)</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário* (cit.), pp. 408-409 e *Tratado* (cit.), pp. 313-315. Em sentido algo diferente, veja-se do mesmo autor *Das cartas de conforto* (cit.), pp. 21-23.

gação de negociar não é tutelada pela execução específica, mas antes pela responsabilidade pré-contratual, prevista entre nós no art. 227.º do Código Civil <sup>(30)</sup>.

### 3. A celebração de contratos preliminares durante as negociações

#### 3.1. Generalidades

Conforme se verificou, as cartas de intenções não se confundem com a situação de pré-celebração do contrato comercial internacional antes da redacção do instrumento que o formaliza. Efectivamente, se ocorrer a celebração do contrato comercial internacional, há lugar à responsabilidade contratual por incumprimento, enquanto as cartas de intenção originam apenas uma responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações.

Podem, porém, ocorrer situações em que, embora não exista ainda a celebração do contrato comercial internacional, as partes trocam cartas onde se documentam acordos juridicamente relevantes no âmbito de uma negociação complexa que continua aberta <sup>(31)</sup>. E o que sucede, por exemplo, com os acordos relativos à repartição de despesas suportadas com a negociação (viagens, assistência jurídica). Da mesma forma, podem constituir acordos preliminares hipóteses em que relativamente a uma prestação susceptível de fraccionamento se atinge um acordo relativamente ao adiantamento das prestações iniciais, ficando as partes de acordar o valor das seguintes.

Da mesma forma, costuma ser regulada por um acordo preliminar a obrigação assumida por alguém numa negociação com várias pessoas, de dar preferência a uma delas na celebração do contrato (*right of first refusal*).

---

<sup>(30)</sup> Cfr. CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 54-55 e 65 e ss..

<sup>(31)</sup> SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, *passim*, prefere a designação de acordos intermédios, a partir da expressão inglesa "*in-between agreements*". Não nos parece, porém, adequada a expressão "intermédios" que define uma situação entre dois estádios. Utilizamos, por isso, a expressão "preliminares", para expressar o seu surgimento antes da conclusão de um futuro contrato, com a prévia definição de um dos seus aspectos.

Em todas estas situações, as partes trocam instrumentos que documentam a existência de acordos vinculativos, cuja violação dá origem à responsabilidade contratual. A sua inserção no âmbito de uma negociação complexa que continua aberta não deve levar, por isso, à sua qualificação como meras cartas de intenção, uma vez que essa sua inserção na fase das negociações não impede a sua qualificação como verdadeiros contratos e daí a sua sujeição à responsabilidade contratual em caso de incumprimento <sup>(32)</sup>.

### 3.2. Acordos de confidencialidade (*Confidentiality agreements*)

Um exemplo típico destes acordos preliminares, que precede mesmo cronologicamente as *letters of intent*, são os *confidentiality agreements*. Estes acordos são normalmente celebrados como condição de abertura das negociações relativas a fusões ou aquisições de sociedades. Nestes casos, as partes costumam trocar entre si certos documentos pré-contratuais, conhecidos como *confidentiality agreements*, destinados a garantir o segredo das informações financeiras, técnicas e comerciais fornecidas pelo potencial vendedor ao potencial adquirente, relativamente à sociedade objecto das negociações.

Esta prática encontra-se actualmente consolidada. Efectivamente, uma carta de intenções (*letter of intent*) apenas é estipulada quando as negociações já atingiram um certo grau de avanço. Mas as partes não podem esperar até esse momento para regular alguns aspectos da forma como vão decorrer as negociações, antes mesmo de as iniciar. Daí a difusão dos *confidentiality agreements*, destinados primariamente a assegurar a confidencialidade das informações que serão trocadas, mas que também são usados para regular outros aspectos relacionados com esta questão e disciplinado assim o próprio decurso das negociações antes do seu início. Daí que os textos dos *confidentiality agreements* costumem ser bastante detalhados, indicando com muito detalhe não apenas a extensão das obrigações de segredo e o seu prazo de duração, mas também eventuais possibilidades de utilização futura da informação, bem

---

<sup>(32)</sup> Cfr. UGO DRAETTA “Ancora sulla efficacia...” (cit.), p. 768.



como outros aspectos relativos à forma como decorrerão as negociações <sup>(33)</sup>.

### 3.3. Acordo de exclusão de oferta pública de aquisição hostil (*non hostile takeover agreement*)

Um novo desenvolvimento em matéria destes *confidentiality agreements* diz respeito, porém, aos acordos de exclusão de oferta pública de aquisição hostil. Estes acordos procuram evitar que quem recebe as informações relativas à sociedade a adquirir não apenas não as possa aproveitar para adquirir acções em violação das regras do *insider trading*, mas que não possa sequer lançar uma oferta pública de aquisição exterior às negociações em curso. Apresentando-se tal oferta pública de aquisição como hostil, na medida em que encontra oposição da administração da sociedade objecto das negociações, a forma de evitar esse resultado é o de subordinar toda e qualquer oferta pública de aquisição ao convite ou, pelo menos, à aprovação da administração da sociedade visada. Neste âmbito, verifica-se assim que a prática dos documentos pré-contratuais relativos à aquisição de sociedades tem evoluído desde uma mera garantia de que as informações fornecidas permanecem secretas (*confidentiality agreements*) até à garantia de que a aquisição da sociedade não se fará por uma forma exterior às negociações, através do lançamento de uma oferta pública de aquisição hostil (*non hostile take-over agreement*) <sup>(34)</sup>.

### 3.4. Acordos de negociação exclusiva (*standstill agreements* ou *lock-out agreements*)

Uma outra situação que as partes procuram regular no âmbito da negociação dos contratos comerciais internacionais diz respeito à possibilidade de uma das partes, durante o decurso de uma negociação, desenvolver simultaneamente uma negociação paralela

---

<sup>(33)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Documenti precontrattuali relativi ad acquisti di società: *confidentiality agreements* e protezione contro *hostile take-overs*", em *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, 1, pp. 181-187 (181).

<sup>(34)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, *op. ult. cit.*, p. 182.

com um terceiro. Efectivamente, conforme se sabe é diferente a estratégia negocial das partes consoante saibam que se encontram a negociar em concorrência com terceiros, ou quando julgam de boa fé serem o único interlocutor da contraparte. Neste último caso, o interesse das partes em conduzir uma negociação exclusiva merece ser tutelado, na medida em que pode se dar o caso de a parte não estar interessada na continuação das negociações a partir do momento em que sabe encontrar-se numa situação de concorrência <sup>(35)</sup>.

Este interesse das partes tem, porém, uma difícil tutela no âmbito do direito. Admite-se como contrário às regras da boa fé que alguém desencadeie uma negociação com o único fim de obter melhores condições para a celebração do contrato com um terceiro, como na hipótese de se pretender determinar um preço para servir de base ao exercício de um direito de preferência. Juridicamente, porém, sempre se admitiu a possibilidade de conduzir negociações com vários sujeitos, sem os informar da existência das negociações paralelas, o que não se pode considerar como uma situação de *culpa in contrahendo* <sup>(36)</sup>.

Sendo assim, a única possibilidade de tutela deste interesse é as partes, no exercício da sua autonomia privada, celebrarem um acordo de negociação exclusiva (*standstill agreement* ou *lock-out agreement*), através do qual assumem a obrigação de, durante um lapso de tempo determinado (que normalmente não excede alguns meses) não desenvolverem negociações com mais ninguém, relativas à aquisição de objectos similares àquele que se encontra a ser objecto daquela negociação, ou fornecerem informações com vista a uma possível negociação, e consequentemente a, durante esse prazo, não celebrarem qualquer transacção relativa a objecto similar àquele que se encontra a ser negociado <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Cfr. UGO DRAETTA, "Ancora in tema di documenti precontrattuali: Gli *standstill agreements*", em *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, 2, pp. 531-537 (532).

<sup>(36)</sup> Cfr. DRAETTA, *loc. ult. cit.*

<sup>(37)</sup> Conforme refere SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 594-595, esta figura, embora próxima, é distinta do nosso pacto de preferência, na medida em que este, embora crie uma obrigação de escolher determinada pessoa como contratante, caso se decida contratar, pressupõe precisamente uma negociação com terceiros, para averiguar se o preferente aceita as condições resultantes dessa negociação (art. 416.º). No *standstill agreement* pretende-se evitar precisamente essa negociação.

O *standstill agreement* consiste assim, conforme se pode observar, na estipulação de uma obrigação de prestação de facto negativo (não desenvolver uma negociação concorrente com outra entidade). A sanção para o incumprimento reside, por isso, apenas na indemnização pelos danos causados ao credor. Só que, não havendo garantias de que a negociação cuja exclusividade se pretendeu assegurar, viesse a conduzir efectivamente à celebração do contrato, dificilmente a parte lesada poderá obter a indemnização pelos prejuízos. Daí que o *standstill agreement* venha normalmente associado à estipulação de cláusulas penais, destinadas a fixar o montante da indemnização exigível em caso de incumprimento <sup>(38)</sup>.

#### 4. A Responsabilidade pré-contratual no âmbito dos contratos comerciais internacionais

Conforme se pode já verificar desta exposição, todos estes acordos pré-contratuais documentam a recepção nos usos do comércio internacional do dever de actuar segundo a boa fé nas negociações para a formação de um contrato e da responsabilidade pela violação desse dever: a denominada *culpa in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual. Convém, por isso, fazer agora algumas referências a esta.

A *culpa in contrahendo* surge por obra de JHERING em 1861 <sup>(39)</sup> e a partir daí tem vindo a ser recebida nos diversos ordenamentos jurídicos da *civil law*, quer a nível jurisprudencial, quer a nível legislativo <sup>(40)</sup>. A nível jurisprudencial é conhecido o enorme trabalho da jurisprudência alemã, que a partir do célebre § 242 do BGB foi desenvolvendo a aplicação do princípio da boa fé na fase dos preliminares e da formação do contrato, com o consequente

---

<sup>(38)</sup> Cfr. DRAETTA, *op. ult. cit.*, pp. 533-534.

<sup>(39)</sup> Cfr. RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenserstatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, em *JhJb* 4 (1861), reimp. Berlin/Zurich, Gehlen/Bad Homburg, 1969, pp. 7 e ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA, "Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato", na *RLJ* 116 (1983-1984), pp. 84-90, 101-105, 146-152, 172-179, 204-210 e 251-256 e 276-279 e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 527 e ss..

reconhecimento da c.i.c. Esse desenvolvimento levou à posterior consagração nos arts. 197.º e 198.º do Código Civil grego de 1940, nos arts. 1337.º e 1338.º do *Codice Civile* italiano<sup>(41)</sup> e no art. 227.º do Código Civil Português do dever de actuação segundo a boa fé, durante as negociações para a formação do contrato. Já no direito francês, baseado na grande cláusula geral do art. 1382.º do *Code Civil*, a culpa na formação dos contratos é qualificada naturalmente como *faute*, gerando uma responsabilidade delitual<sup>(42)</sup>.

De acordo com a sistematização da jurisprudência alemã, e que entre nós tem vindo a ser defendida por MENEZES CORDEIRO<sup>(43)</sup>, do dever de actuar segundo a boa fé derivam três tipos de deveres pré-negociais:

- *deveres de protecção*, que determinam que as partes na fase negocial devem evitar qualquer actuação susceptível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais. A jurisprudência alemã utiliza neste âmbito abundantemente a *culpa in contrahendo* para colmatar as lacunas do seu direito delitual, talvez por forma excessiva como nos célebres casos do linóleo<sup>(44)</sup>, da casca de banana<sup>(45)</sup> e da folha de hortaliça<sup>(46)</sup>. Na jurisprudência portuguesa esse entendimento não tem sido acolhido.
- *deveres de informação*, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte, e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca. Esta situação tem vindo a ser acolhida no direito português, de que é exemplo o Acórdão STJ de 14/10/1986, em *BMJ* 360 (1986), pp. 583-587.

(41) Podem confrontar-se estes artigos em ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 102.

(42) Cfr. HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/JEAN MAZEAUD/FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, II-1, *Obligations. Théorie Générale*, 7.ª ed., Paris, Montchrestien, 1985, pp. 312-313.

(43) Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...* (cit.), pp. 546 e ss. e *Tratado...* (cit.), pp. 336 e ss.

(44) RG 7/12/1981, em *RGZ* 78, 239

(45) BGH 26/9/1961, em *LM*, n.º 13 § 276 (Fa) BGB.

(46) BGH 28/1/1976 em *BGHZ* 66, 51.

— *deveres de lealdade*, por forma a evitar comportamentos que se traduzam numa deslealdade para com a outra parte, aqui se incluindo a própria ruptura das negociações, quando a outra parte tinha adquirido justificadamente a confiança de que elas iriam conduzir à celebração do contrato. O *leading case* nessa matéria é o Acórdão de 5/2/1981 em *RLJ* 116 (1983), pp. 583-587, havendo inúmeras decisões posteriores.

Em caso de violação desses deveres de boa fé, a solução tradicional é a de que haverá lugar ao ressarcimento do denominado “interesse contratual negativo”, ou seja o prejuízo derivado de despesas inutilmente suportadas pela parte lesada ou pela perda de oportunidades em resultado das negociações mas não do prejuízo resultante da não celebração do contrato<sup>(47)</sup>. Alguma doutrina tem vindo, porém, a admitir a possibilidade de por *culpa in contrahendo* ser mesmo ressarcido o interesse contratual positivo, com o argumento de que este constitui um dano causado pela actuação em contrariedade à boa fé e de que todos os danos devem ser indemnizados<sup>(48)</sup>.

É hoje, por isso, pacífico no âmbito dos sistemas da *civil law* que as partes não podem mais invocar o princípio da liberdade contratual para conduzir negociações sem constrangimentos de espécie alguma; mas antes se devem comportar segundo a boa fé sob pena de terem que indemnizar os danos sofridos pela contraparte. Pelo contrário, em sistemas como os da *common law*, tradicionalmente mais ancorados no dogma da *freedom of contract* este princípio tem vindo a ser mais dificilmente recebido. Efectivamente, a solução tradicional da *common law* é a de que, ou as partes estão vinculadas por um contrato, ou a nada se encontram vinculadas (*all or nothing*), tendo o princípio da liberdade contratual uma componente negativa, que consiste na exclusão de qualquer responsabilidade que não resulte de uma vinculação assumida em contrato

---

<sup>(47)</sup> Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 77, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 9.<sup>a</sup>, Coimbra, Almedina, 1996, p. 279, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 206 e CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, p. 73.

<sup>(48)</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* (cit), pp. 346 e ss.

válido <sup>(49)</sup>. Esta posição é naturalmente adversa à admissão de um dever de boa fé durante as negociações, ao contrário do que sucede nos sistemas romanísticos <sup>(50)</sup>. Efectivamente, a *common law* inglesa tem sido muito restritiva em admitir o dever de negociar segundo a boa fé, ao qual recentemente se opôs a *House of Lords* <sup>(51)</sup>, o que implica inclusivamente a não aceitação de quaisquer deveres de informação na fase pré-negocial, com algumas excepções como os contratos de seguro <sup>(52)</sup>. Mas já nos Estados Unidos, este princípio tem vindo a ter acolhimento na jurisprudência e tem efectiva consagração no *Uniform Commercial Code* americano, de 1978 <sup>(53)</sup>.

<sup>(49)</sup> Cfr. J. BEATSON, *op. cit.*, p. 4, SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 582.

<sup>(50)</sup> Cfr. E. ALLAN FARNSWORTH, "Contract formation: two models compared", em MICHAEL J. BONELL/FRANCO BONELLI, *op. cit.*, pp. 173-181 que, no entanto, procura rejeitar a difundida ideia de que a formação dos contratos no sistema romanístico seria o "bom modelo" em contraposição ao "mau modelo" da *common law*.

<sup>(51)</sup> Caso *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128. O caso diz respeito a negociações para a compra de uma empresa de fotografia, de que os réus eram titulares, que se iniciaram em Janeiro de 1987. Em 17 de Março desse ano, os réus acordaram em terminar quaisquer negociações com terceiros e negociar exclusivamente com os autores, desde que lhes fosse fornecida uma carta de conforto do seu banco a confirmar a existência de recursos financeiros para a compra, ficando esta porém submetida à cláusula *subject to contract*. A carta de conforto foi fornecida no dia seguinte, pelo que os réus terminaram negociações com um terceiro a 25 de Março. Porém, a 27 de Março decidiram terminar as negociações com os autores e vender a companhia a outro terceiro. Os autores processaram então os réus com o fundamento em incumprimento (*breach of contract*) e dolo (*misrepresentation*).

A 1.ª instância julgou procedente a acção por considerar que a promessa de continuar negociações em exclusividade constituía um acordo autónomo (*collateral agreement*), não sujeito à cláusula *subject to contract*, mas em recurso, quer o *Court of Appeal*, quer a *House of Lords*, rejeitaram a pretensão por considerar tratar-se de um mero *agreement to negotiate*, sem prazo de vigência e a que faltava definição, de onde não poderia resultar para os réus uma imposição de concluir as negociações.

Na fundamentação desta solução, o Tribunal rejeita expressamente a admissibilidade de um dever de negociar de boa fé, considerando esse dever como inexequível na prática e inerentemente inconsistente com a situação de um negociador, já que, durante as negociações, ambas as partes seriam livres de as terminar, a todo o tempo e por qualquer razão.

<sup>(52)</sup> Atenta a aplicação do princípio *caveat emptor*. Cfr. J. BEATSON, *op. cit.*, pp. 257 e ss.

<sup>(53)</sup> O *Restatement (second) of contracts*, que consiste numa recolha das soluções aplicadas pela jurisprudência americana, prevê no seu § 205 que "*every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement*". O *Uniform Commercial Code* inclui no seu § I — 201 uma definição de boa fé ("*Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned*") e prevê no seu § I — 203 que "*Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*". Cfr. SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 584, nota (47).

No âmbito da negociação dos contratos comerciais internacionais, os Princípios UNIDROIT vêm-se a aproximar da admissão da culpa in *contrahendo* como instituindo uma responsabilidade pelas negociações. Assim, apesar da enfática afirmação da *freedom of contract* no artigo 1.1. (“*the parties are free to enter into a contract and to determine its content*”), o artigo 1.7. impõe com carácter injuntivo um dever de boa fé e de negociação leal (*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*), cuja violação pode implicar culpa in *contrahendo*, a qual o artigo 2.15 estabelece nos seguintes termos:

Article 2.15 (*Negotiations in bad faith*).

1. *A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*

2. *However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.*

3. *It is bad faith in particular, for a party to enter into or to continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.*

Por aqui vemos então, a efectiva consagração da responsabilidade pré-contratual no âmbito da negociação dos contratos comerciais internacionais, demonstrando que a tão apregoada globalização da economia, implica também a necessária globalização dos princípios jurídicos.