



CONTRATAÇÃO PRELIMINAR: RISCOS E RESPONSABILIDADE

LITÍGIOS RESULTANTES DE CONTRATOS
PRELIMINARES E DE ROTURA
INJUSTIFICADA DAS NEGOCIAÇÕES NO
CONTEXTO DA VENDA DA EMPRESA OU
DAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS



PERTURBAÇÕES ANTERIORES AO NEGÓCIO AQUISITIVO

- Incumprimento de contrato preliminar
- Rotura injustificada das negociações
- Incumprimento de deveres de confidencialidade
- Incumprimento de deveres de exclusividade
- Superveniência de alteração adversa das circunstâncias
- Impossibilidade de contratar em virtude de falta de verificação de “conditions precedent”



CONTRATOS PRELIMINARES

CARTAS DE INTENÇÕES, MEMORANDUM OF UNDERSTANDING, HEADS OF AGREEMENT E OUTROS

- Noção: Negócios jurídicos que visam estabelecer as condições e o procedimento das negociações tendentes à celebração do contrato de compra e venda.
- Conteúdo típico: objeto e âmbito do negócio, procedimento negocial, auditoria legal, confidencialidade, exclusividade, custos, “break-up fees”.
- Função: Típica: Organização das negociações. Eventual: Projeção do contrato de compra e venda
- Enquadramento: contratual ou pré-contratual? “Dos acordos preparatórios emergem apenas deveres pré-contratuais de negociação, de procedimento e de diligência no contexto do “iter” negocial. Distinguem-se dos contratos preliminares ou preparatórios, como o contrato-promessa ou os contratos de opção (Ac. TRC de 10.7.2013).



CONTRATOS PRELIMINARES

ALGUMAS FORMULAÇÕES TÍPICAS

- “This MOU summarises the consensus reached so far”
- “This MOU constitutes an outline of the intended terms of the proposed transaction...”
- “This agreement shall only constitute an obligation to act in good faith...”
- “The parties identify this preliminary set of common views and intentions...”
- “This MOU and the negotiations to the final agreement do not constitute a binding and legally enforceable agreement”
- “Any party may in its discretion abandon negotiations”
- “The Contract is subject to approval by the BoD”



CONTRATOS PRELIMINARES

RESERVA DE DIREITOS E BASE DA CONFIANÇA

- Reserva de abandono de negociações/ de aprovação por órgão competente não produz efeitos se simultaneamente foi criada uma base sólida de confiança? Caso *Grossraumschiessanlage*, OLG Rostock. 30.1.2002

NON BINDING?

- Non binding” no direito português:
 - Não pode ser “não vincula”
 - Pode ser “não obriga à celebração do contrato definitivo”
 - Pode ser “não habilita a execução específica”.
 - Pode ser “os aspetos acordados podem ser renegociados”.



CONTRATOS PRELIMINARES

DA NEGOCIAÇÃO AO ACORDO – SENTIDO DO ARTIGO 232.º

- “Quando as negociações tiverem atingido **um desenvolvimento tal que justifique a confiança na celebração do negócio**. Será o caso de se ter atingido um acordo **sobre todas as questões (...)**” (Ac. STJ de 28.4.2009/ anteriormente, Acs. STJ de 26.1.2006 e de 11.1.2007)
- “Desde que a vinculação pré-contratual se **tenha densificado** já ao ponto de ter surgido um verdadeiro dever de conclusão do contrato” (Paulo Mota Pinto).
- “Tendo as partes acordado que o preço – devido pelo contrato de cedência de quotas – seria realizado parte antes da escritura de cessão e o restante em moldes a acordar pelas partes na data da escritura da cessão, resulta patente que esta questão – atinente ao pagamento do remanescente do preço – era determinante para a conclusão do contrato, não só para a autora, como também para os réus” (Ac. STJ de 26.2.2015)



CONTRATOS PRELIMINARES

FORMA CONVENCIONAL: VALOR DA REVOGAÇÃO TÁCITA SEM FORMA CONVENCIONAL

- Adoção de forma convencional, com utilização de clausulado que indique, por exemplo, que “qualquer alteração ao presente contrato deverá ser realizada por escrito...”. Alterações subsequentes sem forma escrita.
- Artigo 223/ 1 CC: “Podem as partes estipular uma forma especial para a declaração; **presume-se**, neste caso, que as partes se não querem vincular senão pela forma convencional”.
- “O abandono da forma convencional pode resultar, tacitamente, do comportamento concludente das partes” – Ac. STJ 22.02.2005.



CONTRATOS PRELIMINARES

“A pré-interpretação não está vinculada ao critério legalmente consagrado” –Eduardo Santos Júnior

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS PRELIMINARES

- Critério subjetivista
- Artigo 236.º ss do Código Civil
- “A normalidade do declaratório, que a lei toma como modelo aferidor, traduz-se, em primeiro lugar, na capacidade para entender o texto ou conteúdo da declaração, e, em segundo lugar, na **diligência para acolher todos os elementos que, coadjuvando a declaração, contribuam para a descoberta da vontade real do declarante**. Nesses elementos inserem-se: a letra do negócio, as circunstâncias de tempo, lugar e outras que precederam a sua celebração ou são contemporâneas destas; as negociações empreendidas; a finalidade prática visada pelas partes; o próprio tipo negocial; a lei e os usos e os costumes por ela recebidos. Para além destes elementos, também releva a posição assumida pelas partes na execução do negócio. Esta não pode, na verdade, deixar de, razoavelmente, corresponder ao que as partes entendem ser os direitos e as vinculações que para cada uma delas emergem do negócio”. (STJ/ 12.3.2013/5.7.2012.)



ROTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIAÇÕES

REGRA DA LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO E VINCULAÇÃO VS. CONFIANÇA

“A interrupção das negociações para a formação de um contrato é, em princípio, lícita. Só não o será se, tendo sido criada por uma das partes, durante o diálogo contratual, a expectativa justificada da conclusão (...) a outra parte **frustrar essa expectativa em circunstâncias que devam ser consideradas desleais**” – Ac. TRC 10.7.2013

“Na fase de preparação e formação do contrato, a ordem jurídica vê-se na necessidade de estabelecer um regime que salogue equitadamente **dois interesses antagónicos**: por um lado, a **liberdade negocial**, que reclama ter cada parte, até ao último momento, liberdade de contratar ou não; por outro, o **interesse criado pela confiança no projeto de contrato**, quer dizer, a legítima expectativa de contratar que, para cada parte, as próprias negociações vão consolidando, sendo certo que esta expectativa de contratação comporta uma graduação dependente das circunstâncias” (Ac. STJ 26.2.2015).

“Um negociador prudente deve contar sempre com o **risco do malogro das negociações**, dado que constitui um princípio básico do direito civil a liberdade contratual....” (Ac. STJ de 11.7.2013)



ROTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIAÇÕES

REGRA DA LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO E VINCULAÇÃO VS. CONFIANÇA

Proposta de Vaz Serra: **responsável é “aquele que conscientemente fez com que a outra parte acreditasse, sem dúvida, em que o contrato se realizaria e, depois, sem motivo justificado, rompe as mesmas negociações”.**



ROTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIAÇÕES

ÓNUS DE DESCONFIAR

Nas hipóteses de *culpa in contrahendo* em que não haja lugar à conclusão do contrato, por frustração das negociações, haverá razões para impor o regime da «culpa do lesado» também aos casos em que haja «um *agravamento* danoso gerado na circunstância de o lesado ter confiado «cegamente» no êxito das negociações» (José Carlos Brandão Proença, *A conduta do lesado*, p. 51).

Analogia com o ónus de autoinformação. “Nas situações de aquisição de empresas, sem prejuízo dos deveres de informação, de comunicação e de esclarecimento na fase negocial do contrato, existe, da parte do comprador, um ónus reforçado de informação deste” (Ac. STJ de 26.11.2014). Jurisprudência mais exigente (para comprador) do que em outras áreas.



ROTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIAÇÕES

CONTUDO...

COM DIFICULDADES DE CONCRETIZAÇÃO PRÁTICA

- A responsabilidade pré-contratual existe “quando as partes (..) tendo aproximado pela via dessa negociação a conclusão do negócio, por facto seu, este já em **fase adiantada** não é concluído” (Ac. TRL de 16.6.2011)
- “De afastar, pois, o argumento de que discutiram apenas a possibilidade de constituírem uma sociedade, na medida em que comprovado ficou ainda que **discutiram mesmo a constituição da sociedade, tendo até ido a um contabilista**, com o objetivo de esclarecerem dúvidas relativas aos trâmites de constituição da sociedade e para o mesmo os auxiliar nas questões jurídicas” (Ac. STJ de 18.12.2012).



ROTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIAÇÕES

O ESTADO DAS NEGOCIAÇÕES PERMITE CONCLUIR QUE, SE NÃO FOSSE O ROMPIMENTO ILÍCITO, TERIA HAVIDO CONTRATO?

- Sim – indemnização pelo interesse positivo.
- Não – indemnização pelo interesse negativo.
 - » Prova diabólica
 - » Indícios (i) equação económica do negócio fechada ou não? (ii) declarações complementares das partes quanto ao fecho.



CATARINA MONTEIRO PIRES

T +351 213 817 400
M +351 912 585 100

mail@catarinamonteiropires.com
www.catarinamonteiropires.com

DOUTORA EM DIREITO
PROFESSORA

Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

ADVOGADA
SÓCIA

Morais Leitão, Galvão Teles,
Soares da Silva & Associados