

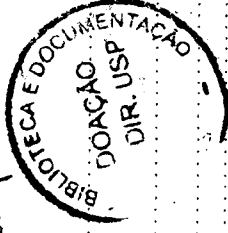
A Biblioteca do Instituto  
Tullio Arcaudi - S. Paulo, 25/9/08

DIREITO E JUSTIÇA

VOL. ESPECIAL

2007

Duplicatas



Abreviaturas .....	7
<b>I Os Contratos Comerciais</b> .....	9
§1. <i>Generalidades</i> .....	9
1. Noção Geral .....	9
2. Relevância Actual .....	10
§2. <i>O Problema da Qualificação</i> .....	13
1. A Posição Tradicional: Os Critérios Clássicos da Comercialidade .....	13
2. Posição Adoptada. Os Contratos Comerciais como Contratos de Empresa .....	15
§3. <i>Classificação</i> .....	24
1. Contratos Normativamente e Naturalmente Empresariais .....	25
2. Outras Tipologias .....	29
§4. <i>Fontes</i> .....	30
1. As Fontes Internas .....	31
1.1. Autonomia Privada .....	31
1.2. Leis e Regulamentos .....	32
1.3. Usos Mercantis .....	34
2. As Fontes Internacionais .....	36
2.1. Direito Comercial Internacional e Europeu .....	36
2.2. "Lex Mercatoria" .....	38
§5. <i>A Contratação Mercantil</i> .....	41
1. O Problema .....	41
2. A Contratação Mercantil: Seus Fundamentos .....	41
3. A Contratação Mercantil: Suas Características .....	47
4. A Contratação Mercantil: Seu Alcance .....	54
<b>II A Fase Pré-Contratual dos Contratos Comerciais</b> .....	59
§1. <i>Generalidades</i> .....	59
§2. <i>Os Acordos Pré-Contratuais</i> .....	62
1. Os Acordos não Contratuais .....	62
1.1. Noção .....	62
1.2. Modalidades Fundamentais .....	62
1.3. Regime Jurídico .....	64

## II A Fase Pré-Contratual dos Contratos Comerciais

### §1. Generalidades

I. Como é sabido, no direito clássico dos contratos, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais são perspectivados como o produto do encontro ou casamento de vontades de dois ou mais sujeitos jurídicos numa pressuposta situação de igualdade. Tal significa dizer, dum lado, que o “*iter contractus*” apenas se inicia com a emissão das declarações negociais das partes (oferta e aceitação) – deixando assim na sombra toda a fase preliminar ou preparatória a estas conducente – e, doutro lado, que compete a cada uma das partes o ónus de, no seu próprio interesse, se inteirar de todos os aspectos necessários ou pertinentes ao objecto negocial (“*caveat emptor*”) – não existindo qualquer obrigação legal de informação recíproca entre ambas, ressalvadas as regras gerais da boa-fé negocial.<sup>106</sup>

*Esta perspectiva tradicional, todavia, mostra-se incapaz de retratar fielmente a “praxis” contratual atinente ao mundo do Direito Comercial moderno.* Na verdade, semelhante paradigma ou modelo clássico, para vastos sectores da contratação mercantil – especialmente a contratação mercantil internacional e a contratação mercantil em massa – pura e simplesmente não funciona.

II. Desde logo, os contratos comerciais são frequentemente precedidos de um período, mais ou menos longo, de preparação, discussão e negociação entre as partes contratantes<sup>107</sup>. Ora, esta fase prévia ou preliminar, por vezes designada *pré-contratual*, assume um enorme relevo

<sup>106</sup> Sobre esta perspectiva clássica, vide COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 192 e segs., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000; VARELA, A. Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 212 e segs., 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000; sobre o princípio “*caveat emptor*” – específico do contrato de compra e venda, de acordo com o qual recai sobre o comprador o ónus de se inteirar sobre as qualidades e conformidade do objecto da compra –, vide especialmente *infra* Capítulo V, §3, I.1., V.

<sup>107</sup> Sobre esta fase preliminar do “*iter contractus*”, vide em geral CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I (“*Parte Geral*”), tomo I, 307 e segs., Almedina, Coimbra, 1999.

prático e jurídico no domínio da contratação mercantil dos nossos dias, especialmente internacional e de grande vulto.

Na verdade, mercê da enorme complexidade dos interesses em jogo, da crescente internacionalização e plurilocalização das partes contratantes, e da própria magnitude económica dos bens e serviços negociados, a celebração de numerosos contratos de empresa – v.g., contratos de reorganização societária (fusões, cisões, “management buy-out”), de consórcio, de franquia (“franchising”), de empreendimento comum (“joint venture”), de assistência técnica (“know-how”), de financiamento de projecto (“project finance”), de transferência de tecnologia, e muitos outros – é usualmente precedida por um longo e complexo período negocial, de meses ou até de anos, que reveste uma importância absolutamente decisiva para a conformação jurídica das relações entre os futuros contraentes, caso o contrato se venha a celebrar ou até mesmo independentemente dessa celebração.<sup>108</sup>

Esta fase pré-contratual é extremamente rica, envolvendo uma panóplia variada de actos preparatórios de natureza material (v.g., reuniões, estudos, testes, orçamentos, viagens, etc.) ou jurídica (v.g., minutas, actas de reuniões, correspondência, etc). Especialmente importante é salientar a existência habitual de uma série de *acordos pré-contratuais* de carácter preliminar, instrumental ou complementar relativamente ao contrato mercantil principal: para os presentes efeitos, esses acordos podem ser agrupados em duas categorias fundamentais, que designaremos doravante por *acordos não contratuais* e *acordos contratuais*.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> Para ilustrações monográficas dessa importância a propósito de concretos contratos mercantis, vide BERNARDINI, Mauro, *Proposte e Preliminare di Contratto nei Modelli dei Mediatori*, in: Galgano, Francesco (dir.), “I Contratti del Commercio, dell’Industria e del Mercato Finanziario”, vol. I, 103-129, Utet, Torino, 1995; FEUERRIEGEL, Stefan, *Die Vorvertragliche Phase im Franchising*, Lit, Münster, 2004; PERIS, J. Ruiz, *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Navarra, Aranzadi, 2000.

<sup>109</sup> Sobre o ponto, não especialmente estudado entre nós, merecem destaque JUNIOR, E. Santos, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in: 57 “Revista da Ordem dos Advogados” (1997), 565-604; LEITÃO, L. Menezes, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, in: 60 “Revista da Ordem dos Advogados” (2000), 49-71. A literatura estrangeira, inversamente, é copiosa: apenas para referir alguns dos estudos de referência em várias ordens jurídicas, vide HASE, Karl von, *Vertragsbindung durch Vorvertrag*, Verlag Wissenschaft und Forschung, Berlin, 1999; PEREA, A. Vignati, *Los Tratos Preliminares: las Cartas de Intenciones y otros Documentos Legales Precontractuales*, PPU, Barcelona, 1994; SCHMIDT, Joanna,

III. Mas o modelo legal clássico também entrou em crise perante um outro vector fundamental e característico da evolução da contratação mercantil moderna: a contratação em massa.

Na verdade, numa economia de mercado caracterizada pela produção e distribuição em série, os contratos celebrados entre os empresários e os consumidores dos respectivos bens e serviços sucedem-se a um ritmo vertiginoso, formando-se e executando-se consecutivamente (senão mesmo instantaneamente, graças aos modernos meios do “e-commerce”). Acresce a isto que, atenta a concorrência feroz entre os empresários, a disputa pelas preferências dos potenciais clientes se desenvolve num contexto publicitário intenso e cada vez mais sofisticado, que antecede e determina decisivamente a celebração desses contratos. Ora, esta natureza despersonalizada e propagandística da moderna contratação mercantil tem originado, essencialmente por mor da protecção da contraparte contratual (consumidor), um significativo reforço dos deveres e garantias pré-contratuais que oneram o empresário contratante – a ponto de ser legítimo afirmar, como melhor veremos adiante, que o velho aforismo “caveat emptor” (o comprador que se cuide) deu hoje lugar, no domínio em apreço, ao novo paradigma normativo “caveat venditor” (o vendedor que se cuide)<sup>110</sup>. Entre eles, merecem destaque os *deveres de informação pré-contratual* e a *informação publicitária contratual*.<sup>111</sup>

*Négotiation et Conclusion de Contrats*, Dalloz, Paris, 1982; SPECIALE, Renato, *Contratti Preliminari e Intese Precontrattuali*, Giuffrè, Milano, 1990.

<sup>110</sup> Segundo Lord STREYN, no caso “Slater v. Finning” (1997), “a mudança do «caveat emptor» para o «caveat venditor» constitui uma característica notável do desenvolvimento do Direito Comercial”. Cf. ainda BRADGATE, Robert, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Butterworths, London, 2000.

<sup>111</sup> Sobre o ponto em geral, apenas para citar alguns estudos na matéria, vide BESSONE, Mario, *Publicità Commerciale, Diritto all’Informazione e Statuto dei Diritti del Consumatore*, in: XXXIV “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile” (1972), 1455-1473; GARCÍA, P. Pérez, *La Información en la Contratación Privada – En Torno al Deber de Informar en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ministério de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990; LAUER, Jürgen, *Vorvertragliche Informationspflichten nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht*, Stampfli, Bern, 1983.

## §2. Os Acordos Pré-Contratuais

### 1. Os Acordos não Contratuais

#### 1.1. Noção

I. Os acordos não contratuais (também por vezes designados “acordos intermédios”<sup>112</sup> ou “contratação mitigada”<sup>113</sup>) são *instrumentos jurídicos, destituídos de natureza contratual, auxiliares da negociação de um dado contrato mercantil*, que servem essencialmente para determinar a forma como as negociações entre as partes contratantes se processarão ou para cristalizar o estado dessas negociações em determinado momento.

#### 1.2. Modalidades Fundamentais

I. No universo destes acordos preparatórios e ancilares da negociação, é possível dividir algumas modalidades socialmente típicas, que se vieram progressivamente a sedimentar na prática da contratação mercantil. Entre elas, destacam-se duas figuras essenciais: os *acordos de princípio* (ou cartas de intenção) e os *acordos de base*.

II. Desde logo, temos as chamadas *cartas de intenção* ou *acordos de princípio* (“letters of intent”, “memorandum of understanding”, “agreements in principle”, “Absichtserklärungen”, “accords de principe”): estes acordos, de conteúdo extremamente variável, consistem usualmente em pactos através dos quais as partes, em determinado estágio das negociações em curso, manifestam a sua vontade em prosseguir estas de boa-fé com vista a atingir o acordo final<sup>114</sup>. Tais acordos são extremamente

<sup>112</sup> JÚNIOR, E. Santos, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, in: 57 “Revista da Ordem dos Advogados” (1997), 565-604.

<sup>113</sup> CORDERO, A. Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 495, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007.

<sup>114</sup> Sobre a figura, vide LAKE, Ralph, *Letters of Intent and other Precontractual Documents*, Butterworths, London, 1991; LUTTER, Marcus, *Der Letter of Intent – Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, Carl Heymanns, Köln, 1982; PEREA, A. Viguri, *Los Tratos Preliminares: las Cartas de Intenciones y otros Documentos Legales Precontractuales*, PPU, Barcelona, 1994; RADICIOSI, Chiara, *Le Lettere di Intenti*, in: Galgano, Francesco (dir.), *I Contratti del Commercio, dell’Industria e del Mercato Finanziario*, vol. I, 67-101, Utet, Torino, 1995. Com as “cartas de intenção” não se podem confundir as “cartas de conforto” ou “cartas de patrocínio” (“letters de patronage”, “letter de patrocínio”, “comfort letters”,

frequentes no processo negocial de determinados tipos de contratos mercantis: sirvam de exemplo os contratos de compra e venda de empresa, onde é comum que as partes plasmem e reproduzam os resultados das conversações ou negociações empreendidas (“preliminary agreements”, “pourparlers”, “Verhandlungen”, “trattative”), normalmente em documentos de natureza económica (“due diligence”) e jurídica (“legal opinions”) que visam fornecer uma informação exaustiva sobre os mais variados aspectos organizativos, técnicos, patrimoniais, financeiros e contabilísticos da empresa negociada de modo a permitir uma correcta e livre formação da vontade negocial das partes contratantes.<sup>115</sup>

Trata-se fundamentalmente, pois, no comum dos casos, de puros acordos de negociação (“agreement to negotiate”), através dos quais as partes simplesmente “concordam em concordar” (“agreement to agree”, “contrat de négociation”) – ou seja, se obrigam a envidar os seus melhores e mais leais esforços no sentido de levar as negociações a bom termo –, e já não de quaisquer contratos preparatórios ou preliminares do contrato mercantil definitivo (mormente, um contrato promessa), conservando as partes inteiramente intacta a sua liberdade de o celebrar ou não.

III. A outra modalidade fundamental é constituída pelos chamados *acordos de base* (“heads of agreement”, “accords de base”, “Grundvereinbarungen”): semelhante tipo de acordos – peça-chave em contratos

“Patronatserklärung”), as quais, no essencial, constituem declarações unilaterais pelas quais uma entidade (geralmente a sociedade-mãe de um grupo) visa assegurar à instituição financeira credora, em graus e formas variáveis, o cumprimento dos débitos de determinada entidade devedora (sociedade-filha). Sobre a figura, para maiores desenvolvimentos, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, 595 e segs., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002; CORDERO, A. Menezes, *Das Cartas de Conforto no Direito Bancário*, Lex, Lisboa, 1993.

<sup>115</sup> Para maiores desenvolvimentos, vide ANTUNES, J. Engrácia, *A Empresa como Objecto de Negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals”*, em publicação. Noutros quadramos, vide DRAETTA, Ugo, *Documenti Precontrattuali nei Negozi Relativi a Mergers e Acquisitions – Rassegna della Prassi Internazionale*, in: AAVV, “Acquisizione di Società e di Pchetti Azionari di Riferimento”, 97-115, Giuffrè, Milano, 1990; PERERA, A. Carrasco, *Las Cartas de Intenciones*, in: AAVV, “Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas”, 84-153, Aranzadi, Pamplona, 2001; TERSELLA, Silvio, *La Lettera di Intenti nella Trattativa per l’Acquisizione di un Pacchetto Azionario di Riferimento*, in: 17 “Il Diritto del Commercio Internazionale” (2003), 507-536. Mas os exemplos são muitos mais: vejamos-se assim, por exemplo, os contratos de “franchising” (VASCONELOS, L. Pestana, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 59 e seg., Almedina, Coimbra, 2000).

mercantis com processos negociais complexos – visa essencialmente selar o consenso alcançado pelos contraentes relativamente a um determinado núcleo essencial de elementos contratuais, vinculando-se ainda a prosseguir as respectivas negociações quanto aos demais pontos secundários em aberto (por isso mesmo, também por vezes denominada dos “agreements with open terms”).<sup>116</sup>

Encontramo-nos agora, pois, perante acordos prévios surgidos no “iter” negocial que, para além de originar para as partes uma obrigação genérica de negociação, lhes podem ainda eventualmente criar determinadas obrigações específicas de alcance diverso relativamente à execução dos termos do próprio acordo intermédio ou parcial já atingido. Uma vez mais, todavia, encontramos num terreno fértil em variantes e tonalidades, onde se pode tornar particularmente ténue a linha de fronteira que separa este tipo de acordos não contratuais, pertencentes à fase de negociação, e os acordos contratuais preparatórios, que já se inserem no âmbito de uma verdadeira pré-celebração contratual. Se há casos em que nos encontramos inequivocamente diante de acordos do primeiro tipo – nomeadamente, quando as partes hajam cuidado de afastar expressamente qualquer obrigação de celebração do contrato principal (v.g., mediante a aposição de uma cláusula “subject to contract”)<sup>117</sup> – ou, inversamente, diante de acordos do segundo tipo – por exemplo, quando o acordo cristaliza já um consenso sobre todos os “essentials negotii” do contrato mercantil definitivo, ficando a celebração deste último na dependência de determinadas condições, termos ou manifestações de vontade unilateral (v.g., contratos condicionais, contratos de opção) –, a “praxis” contratual conhece toda uma gama de situações intermédias cujo enquadramento tipológico apenas pode ser decidido, em definitivo, em sede de interpretação do próprio acordo e do apuramento da vontade das partes.

### 1.3. Regime Jurídico

I. Os acordos preparatórios em referência, atenta a sua natureza não contratual, possuem, em princípio, um *regime jurídico tipicamente pré-contratual*.

<sup>116</sup> Sobre este tipo de acordos, vide JÚNIOR, E. Santos, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, 592 e segs., in: 57 “Revista da Ordem dos Advogados” (1997), 565-604.

<sup>117</sup> Ou cláusulas similares (“subject to a formal contract”, “not binding until final agreement”).

Tal significa dizer, duma banda, que a eficácia de tais acordos se circunscreve unicamente ao plano pré-contratual, não sendo por isso geradores de obrigações contratuais: ou seja, os efeitos de tais acordos consubstanciam-se primordialmente em deveres pré-contratuais de negociação, de procedimento ou de diligência qualificada no contexto do “iter” negocial<sup>118</sup>. E tal significa ainda dizer, doutra banda, que a disciplina do seu eventual incumprimento tem consequentemente a sua sede própria no instituto da “culpa in contrahendo”: tendo como raiz axiológica última o ditame da boa-fé na formação dos contratos, a violação daqueles deveres, mormente traduzida na ruptura injustificada ou desleal das negociações em curso, pode originar para a parte faltosa uma obrigação de indemnização fundada em responsabilidade pré-contratual (art. 227.º do CCivil).<sup>119</sup>

II. Isto posto, é mister enfatizar que, encontrando-nos em plena courada da autonomia privada dos “mercatores”, a prática contratual mercantil conhece *uma panóplia extremamente rica de acordos* que exibem as mais variegadas designações, conteúdos e efeitos.

Sirva de exemplo o citado caso das cartas de intenção (“letters of intent”): se, no comum dos casos, estas correspondem a acordos de negociação (através dos quais as partes assumem a obrigação de

<sup>118</sup> Sublinhe-se ainda que, frequentemente, os acordos (não contratuais e contratuais) atingidos nesta fase negocial são objecto de uma referência mais ou menos detalhada no Préambulo ou Considerandos do contrato mercantil definitivo: sobre a questão da relevância e eficácia jurídica dos preâmbulos contratuais, vide ABREU, C. Váscnelos, *Algumas Considerações sobre os Preâmbulos dos Contratos*, in: AAVV, “Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Sousa Franco”, vol. III, 919-926, Coimbra Editora, 2006.

<sup>119</sup> Sobre a responsabilidade pré-contratual em geral, vide COSTA, M. Almeida, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, Coimbra Editora, 1984; PRATA, Ana, *Notas Sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*, Separata da Revista da Banca, Lisboa, 1991. Esta doutrina é mesmo seguida em ordens jurídicas que não consagraram legislativamente o instituto da responsabilidade pré-contratual, legitimando-se para tal no princípio geral da boa-fé ou de “neminem laedere”: cf. CALERO, J. Gómez, *El Contrato Mercantil: Nociones Generales*, in: AAVV, “Derecho Mercantil”, tomo II, 224-245, 10.ª edición, Ariel, Barcelona, 2005. Sustentando a admissibilidade de execução específica de tais convenções pré-contratuais, vide CORDEIRO, A. Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 497, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007; em sentido oposto, LEIRÃO, L. Menezes, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, 62 e seg., in: 60 “Revista da Ordem dos Advogados” (2000), 49-71.

negociar), também não é raro encontrar acordos que, sob uma tal designação, ora se limitam a registar o início ou existência de negociações em curso (sem criar para as partes uma obrigação jurídica de contratar, negociar ou qualquer outra: “gentlemen’s agreement”), ora, no extremo oposto, consubstanciam já um verdadeiro e próprio acordo sobre todos os elementos essenciais do contrato (constitutivo de um contrato final: “ultimate agreement”).<sup>120</sup> Daqui se retira a seguinte conclusão fundamental: a designação ou “nomen iuris” que as partes de um futuro contrato mercantil atribuem aos respectivos acordos pré-contratuais de modo algum pode ser considerada decisiva para a respectiva qualificação e regime jurídicos, os quais devem ser sempre determinados, em primeira linha, através da interpretação dos termos desses acordos e do apuramento da vontade das partes.

## 2. Os Acordos Contratuais

### 2.1. Noção

I. Por *acordos contratuais* designamos aqui aqueles *instrumentos jurídicos de natureza contratual destinados a preparar ou coadjuvar a celebração de um dado contrato mercantil* – os quais, situando-se já no plano da formação e não da mera negociação deste último, representam em si mesmos contratos autónomos perfeitamente vinculativos e definitivos entre as partes.

### 2.2. Modalidades Fundamentais

I. O universo destes acordos preparatórios ou intercalares de natureza contratual é também extremamente variado, podendo ser também aqui agrupados em duas categorias fundamentais: os *pré-contratos comerciais* e os *contratos comerciais satélites*.

<sup>120</sup> Sublinhando também este aspecto, vide JÚNIOR, E. Santos, *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato*, 568, in: 57 “Revista da Ordem dos Advogados” (1997), 565-604; LEITÃO, L. Menezes, *Negociações e Responsabilidade Pré-Contratual nos Contratos Comerciais Internacionais*, 54 e segs., in: 60 “Revista da Ordem dos Advogados” (2000), 49-71.

II. Por um lado, temos os chamados *pré-contratos comerciais* (“Vorverträge”)<sup>121</sup>, por vezes também denominados entre nós por contratos “preliminares” ou “preparatórios”<sup>122</sup>, que designam aquele conjunto de figuras contratuais, típicas ou atípicas, de direito civil comum, que são justamente concluídos com vista à futura celebração de um contrato mercantil principal: entre estes, podem mencionar-se os contratos promessa (arts. 410.º e segs. do CCivil), os pactos de preferência (arts. 414.º e segs. do CCivil), os contratos condicionais (arts. 270.º e segs. do CCivil) ou os contratos de opção.

Encontramo-nos aqui perante acordos pré-contratuais que, tendo embora em comum com os anteriormente analisados a circunstância de se inserirem no quadro geral da gestão da contratação mercantil, se distinguem daqueles fundamentalmente por constituírem, em si mesmos, contratos autónomos (geradores de direitos e obrigações independentes) que dão precisamente tradução jurídica ao termo das negociações tendentes à celebração do contrato mercantil principal (e não constituindo uma vicissitude intermédia ou instrumental daquelas): assim, o contrato promessa cria já para uma ou ambas as partes a obrigação de celebrar o contrato mercantil prometido com um conteúdo predefinido; o contrato de preferência atribui ao preferente uma primazia na celebração do contrato principal que venha eventualmente a ser concluído no futuro; e o contrato de opção investe o optante num direito potestativo à formação futura e unilateral de um contrato mercantil principal cujo conteúdo se encontra de antemão fixado.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Tal a designação acolhida na doutrina estrangeira: cf. LASTRES, J. García-Pita, *Derecho Mercantil de las Obligaciones*, 417, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003; SCHMIDT, Karsten, *Handelsrecht*, 597, 5. Aufl., Carl Heymanns, Köln, 1999.

<sup>122</sup> Sobre a figura em geral, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. I (“Conceito, Fontes, Formação”), 110, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003; CORDERO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I (“Parte Geral”), Tomo I, 307 e segs., Almedina, Coimbra, 1999; LEITÃO, L. Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. 1, 203, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002; TELLES, I. Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 245, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2002. Noutros quadranes, nem sempre com entendimentos coincidentes, vide GIUSTO, Alberto/ PALADINI, Mauro, *Il Contratto Preliminare*, Giuffrè, Milano, 1992; SCHMIDT, Joanna, *Negotiation et Conclusion de Contrats*, Dalloz, Paris, 1982.

<sup>123</sup> Sobre a contratação preliminar ou preparatória, vide em geral CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I (“Parte Geral”), Tomo I, 307 e segs., Almedina, Coimbra, 1999. Noutros quadranes, vide AAVV, *I Rapporti Giuridici Preparatori*, Giuffrè, Milano, 1996; HEINRICH, Dieter, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1965.

Muito embora os “pré-contratos mercantis” se reconduzam no essencial a tais figuras jusprivatísticas comuns, isso não significa que não cobrem um *relevante muito particular no domínio da contratação mercantil*. Pense-se, a mero título de ilustração, no que sucede com os contratos de opção<sup>124</sup>. Figura contratual preparatória de numerosos contratos mercantis, vamos encontrá-la frequentemente associada, por previsão legal ou vontade da partes, aos contratos bancários (v.g., “leasing”)<sup>125</sup>, aos contratos financeiros (v.g., “call options” e “put options” relativas a activos mobiliários ou financeiros)<sup>126</sup>, aos contratos parassociais (v.g., opções de compra e venda de participações sociais)<sup>127</sup>, ao contrato de sociedade<sup>128</sup>, e até mesmo a determinados contratos mercantis clássicos, como o contrato de compra e venda mercantil<sup>129</sup>. E não está mesmo excluído que alguns desses “pré-contratos”, libertando-se das amarras das referidas figuras gerais, possam assumir tonalidades exclusivamente juscomerciais, cristalizando-se em institutos dotados de um regime mais

<sup>124</sup> Sobre o contrato de opção, que em Portugal reveste uma natureza atípica, confronte-se FONSECA, T. Soares, *Do Contrato de Opção – Esboço de uma Teoria Geral*, Lex, Lisboa, 2001. Não assim em todas as latitudes: veja-se o caso do direito italiano, onde o contrato de opção foi expressamente configurado como um tipo contratual autónomo (art. 1331.º do “Codice Civile”). Cf. ALIBRANTI, A. Sciarrone, *L’Opzione*, in: AAVV, “I Rapporti Giuridici Preparatori”, 53-161, Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>125</sup> Sobre a opção de compra nos contratos de locação financeira, vide MORAIS, F. Gravano, *Manual de Locação Financeira*, 47 e segs., Almedina, Coimbra, 2006.

<sup>126</sup> Enquanto produto financeiro, as opções designam genericamente contratos a prazo, padronizados e negociados no mercado de capitais, através dos quais o contratante adquire o direito de comprar (“call”) ou vender (“put”), em data futura e a preço previamente fixado, um determinado activo financeiro subjacente (v.g., acções, obrigações, títulos de dívida pública, divisas, mercadorias). Cf. FERREIRA, J. Amadeu, *Operações de Futuros e Opções*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, 121-188, Lex, Lisboa, 1997.

<sup>127</sup> A consagração de opções de compra ou de venda sobre as acções dos sócios outorgantes inadimplentes desempenha uma função de mecanismo de garantia do cumprimento das obrigações parassociais (“Erfüllung Nebenabreden”, “deadlock agreements”, “meccanismi di sblocco”). Cf. TRIMARCHI, Pietro, *Strumenti per Assicurare l’Adempimento dei Sindacati di Voto*, in: AAVV, “Sindacati di Voto e Sindacati di Blocco”, 113-124, Giuffrè, Milano, 1993. Algo de semelhante se passa nos acordos horizontais de “joint-venture”: cf. DAINO, Giuseppe, *Tecniche di Soluzione del “Deadlock”: La Disciplina Contrattuale del Disaccordo tra Soci nelle Joint Ventures Paritarie*, in: 2 “Il Diritto del Commercio Internazionale” (1998), 151-168.

<sup>128</sup> MACHADO, J. Baptista, *Parcer Sobre “Reserva de Opção” Emergente de Pacto Social*, in: “Obra Dispersa”, 215-256, Scientia Iurídica, Braga, 1991.

<sup>129</sup> Lopes, A. Baptista, *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil. Comercial e Fiscal*, 195, Almedina, Coimbra, 1971.

ou menos próprio: atente-se assim, por exemplo, no caso do “pré-contrato de sociedade”, que é objecto de uma disciplina jurídico-societária específica (arts. 36.º, 172.º e 173.º do CSC) relativa às chamadas pré-sociedades ou sociedades em formação (“Vorgründungsgesellschaften”, “sociedades profundacionais”)<sup>130</sup>, ou no “pré-contrato de franquia” que, perfeitamente sedimentado na prática negocial desta figura, pode revestir inclusive vestes de todo em todo peculiares (v.g., o chamado contrato de “pilotage”).<sup>131</sup>

III. Mais importante porventura, porquanto inequivocamente específicos da contratação mercantil, são ainda – e agora por outro lado – os *contratos mercantis satélites ou complementares* (“side agreements”, “Zusatsvereinbarungen”, “accords satellites”): estamos agora diante de convénios negociais destinados a disciplinar aspectos parcelares, secundários ou instrumentais do contrato mercantil principal.

Entre os mais divulgados na prática comercial, podem mencionar-se os “acordos de confidencialidade” (“confidentiality agreements”, “patti di riservatezza”), através dos quais uma ou ambas as partes do contrato mercantil principal se comprometem a não divulgar as informações jurídicas e económicas a que tiveram acesso no quadro das negociações<sup>132</sup>; os “acordos de exclusividade” (“lock-out agreements”,

<sup>130</sup> Sobre a problemática geral das pré-sociedades, vide ANTUNES, J. Engrácia, *As Sociedades em Formação: Sombras e Luzes*, in: 14 “Cadernos de Direito Privado” (2006), 25-42.

<sup>131</sup> Contrato de conteúdo algo dispar, o pré-contrato de franquia designa um convénio preparatório ou preliminar da celebração de um contrato principal de franquia, destinado a testar a possibilidade dessa futura e eventual celebração durante um determinado período experimental (recebendo a designação de “pilotage” quando tal tarefa de experimentação é confiada a um terceiro). Cf. RIBEIRO, M. Fátima, *O Contrato de Franquia*, 237 e segs., Almedina, Coimbra, 2001; noutros quadantes, FEUERIEGEL, Stefan, *Die Vorvertragliche Phase im Franchising*, Lit, Münster, 2004.

<sup>132</sup> Estes acordos são especialmente frequentes no quadro dos contratos de fusão e aquisição empresarial, onde o potencial adquirente tem usualmente acesso a informações reservadas sobre a empresa objecto do negócio: cf. DUBOUT, Hubert, *Les Engagements de Confidentialité dans les Opérations d’Acquisitions d’Entreprises*, in: 235 “Bulletin Joly Sociétés” (1992), 722-731; LESCHER, Rupert, *Negotiating Confidentiality Agreements and Letters of Intent*, in: AAVV, “International Joint Ventures, Mergers, and Acquisitions”, 53-61, Transnational Publications, New York, 2000. Uma variante destes acordos são os *acordos de exclusão de ofertas públicas hostis* (“non hostile takeover agreements”), que visam prevenir o risco de lançamento pelo potencial adquirente de uma OPA sobre a empresa transaccionada à margem do

“standstill agreements”, “Sperrverträge”, “patti di blocco”), através dos quais as partes se vinculam, em determinadas condições e durante um certo período temporal, a não encetar negociações paralelas com terceiros com um objecto negocial idêntico ou similar<sup>133</sup>; os “acordos de gestão transitória” (“preclosing business management agreements”, “patti di amministrazione interinale”) e os “acordos de comunhão nos lucros” (“earning out agreements”, “pactes d'intéressement”), característicos dos contratos aquisitivos de grandes empresas, através dos quais as partes, respectivamente, regulam os termos da actuação “medio tempore” dos órgãos sociais deliberativos e administrativos da empresa alienada antes da respectiva celebração<sup>134</sup> ou determinam o preço contratual por referência aos lucros futuros gerados pela empresa alienada<sup>135</sup>; os “acordos parassociais” (“shareholders' agreements”, “Abstimmungsvereinbarungen”, “conventions entre associés”, “patti parasociali”), através dos quais todas ou algumas das partes de um contrato de sociedade disciplinam entre si, à margem deste, a respectiva conduta no seio ou em face da sociedade<sup>136</sup>; os “acordos de participação na gestão” (“management

processo negocial de aquisição: cf. DRAETTA, Ugo, *Documenti Precontrattuali ad Acquisti di Società: Confidentiality Agreements e Protezione Contro Hostile Takeovers*, in: 2 “Il Diritto del Commercio Internazionale” (1988), 181-188.

<sup>133</sup> Sobre tais acordos, vide DRAETTA, Ugo, *Ancora in Tema di Documenti Precontrattuali: Gli “Standstill” Agreements*, in: 2 “Il Diritto del Commercio Internazionale” (1988), 531-537; KNEHASE, Christoph, *Standstill Agreements in Deutschland und den USA*, Peter Lang, Frankfurt, 2003.

<sup>134</sup> Sobre estes acordos – que podem incidir sobre as mais variadas matérias da gestão e governo societário, incluindo a alteração dos estatutos ou do capital social (“maxime”, aumentos de capital), a realização de reorganizações da estrutura societária (fusões, cisões, dissoluções), a distribuição de dividendos, etc. –, vide JAEGER, P. Giusto, *Impegni Relativi all'Amministrazione Interinale della Società Fino al Closing*, 124 e segs., in: AAVV, “Acquisizione di Società e di Pacchetti Azionari di Riferimento”, 117-128, Giuffrè, Milano, 1990; Iorzo, Giovanni, *Strutture e Funzione delle Clausole di Garanzia nella Vendita di Partecipazioni Sociali*, 16 e segs., Giuffrè, Milano, 2006; VOLKER, Gregor, *Vorvertragliche Pflichten und Gefahrtragung beim Unternehmenskauf*, 262 e segs., WF Verlag, München, 2003.

<sup>135</sup> Sobre tais acordos, vide POTRINAL, François-Denis/ PAROT, Jean-Claude/ REIG, Philippe, *Cessions d'Entreprise: Les Conventions d'Earn Out*, in: “Droit des Sociétés – Actes Pratiques” (1998), 5-22; DE LA MORANDIÈRE, B. Porteau, *Ajustement de Prix et Transmission de Droits Sociaux: Les Pratiques Américaines des Clauses d'Earn Out et des Clauses de Ratchet*, Themis, Paris, 2003.

<sup>136</sup> Sobre a figura, vide entre nós SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, Cosmos, Lisboa, 1996; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, UCP, Lisboa, 1998. No

participation agreement”), através dos quais se regulam as relações entre os gestores adquirentes e as entidades financiadoras que derivam dos contratos de “management buy-out” ou “buy-in”<sup>137</sup>; os meros “acordos de distribuição de despesas”, através dos quais as partes, no início ou decurso das respectivas negociações, convencionam as regras que presidirão à divisão das despesas ou gastos incorridos (v.g., honorários de advogados, serviços financeiros, quadros técnicos e peritos, custos de autorizações administrativas); ou ainda, finalmente, os “acordos com-promissórios”, através dos quais as partes se obrigam a que eventuais futuros litígios emergentes do contrato principal sejam resolvidos mediante o recurso a tribunal arbitral.<sup>138</sup>

### 2.3. Regime Jurídico

I. Constituinto verdadeiros e próprios contratos, os referidos “pré-contratos” e “contratos satélite” possuem, por definição, um *regime tipicamente contratual*. No essencial, tal significa que, sendo fonte de

direito comparado, entre muitos, podem confrontar-se FIORÈS, D. Velardocchio, *Les Accords Extra-Statutaires entre Associés*, Presses Universitaires, Aix-en-Marseille, 1993; NOACK, Ulrich, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Mohr, Tübingen, 1994; TORINO, Raffaele, *I Contratti Parasociali*, Giuffrè, Milano, 2000; STEDMAN, Graham/ JONES, Janet, *Shareholders' Agreements*, FT Law & Tax, London, 1998.

<sup>137</sup> “Rectius”, de contratos de “institutional buy-out”, ou seja, de MBO ou MBI efectuados debaixo do comando das entidades financiadoras, que passam a deter a maioria do capital social, ficando os administradores com uma participação minoritária. Cf. MICHEL, Allen/ SHAKED, Israel, *The Complete Guide to Leveraged Buyout*, McGraw-Hill, Illinois, 1988; MONTALENTI, Paolo, *Il Leveraged Buyout*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>138</sup> Muito embora o instituto da arbitragem seja transversal ao Direito Privado, “é no domínio mercantil que o instituto tem assumido maior relevo” (VICENTE, D. Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, 37, Coimbra Editora, 1990; no mesmo sentido, FREITAS, J. Lebre, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios*, 67, Coimbra Editora, 1996). Conexa, embora não totalmente coincidente, se afigura a inserção sistemática dos contratos emergentes de um “contrato-quadro” (“Rahmensvertrag”), ou seja, daqueles contratos que instituem o quadro organizatório e programa normativo comum de um conjunto de múltiplos contratos futuros. Relembre-se que um significativo conjunto de contratos mercantis tem sido justamente reconduzido pela doutrina a esta categoria contratual: cf. BRITO, Maria Helena, *O Contrato de Concessão Comercial*, 197 e segs., Almedina, Coimbra, 1990; VASCONCELOS, L. Pestana, *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, 161 e segs., Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1999.



direitos e obrigações autónomas para as partes neles envolvidas, o respectivo incumprimento definitivo pode constituir o contraente infractor em responsabilidade contratual pelos danos causados ao outro contraente, nos termos gerais (arts. 798.º e segs. do CCivil).

II. Esta asserção de princípio, todavia, não nos deve fazer esquecer as dificuldades que podem rodear a *qualificação jurídica* destes convénios, e consequente determinação do regime aplicável, nos casos concretos – a dirimir, em última análise, em sede de interpretação à luz das regras e cânones hermenêuticos aplicáveis. Exemplificando, o que se apresenta externamente como um pré-contrato mercantil (mormente, a partir do “nomen juris” escolhido pelas partes) representa, não raro, um contrato principal incompleto – já apto a produzir os seus efeitos próprios, e não meramente consubstanciando uma simples obrigação de o celebrar – ou, inversamente, pode não passar afinal de um simples acordo pré-contratual de negociação – que não encerra qualquer obrigação de contratar, mas unicamente de negociar em boa-fé.

### §3. Os Deveres Pré-Contratuais

#### I. Os Deveres de Informação Pré-Contratual

I. O primeiro e mais representativo traço distintivo da densificação legislativa da fase pré-contratual da contratação mercantil reside na consagração e multiplicação de *deveres de informação pré-contratual*.

Na verdade, a disciplina legal dos contratos comerciais vai sendo hoje crescentemente permeada por um imperativo geral de “transparência negocial” (“Transparenzgebot”<sup>139</sup>, “trasparenza nella contrattazione”<sup>140</sup>) que, visando fundamentalmente reforçar a protecção dos interesses das contrapartes dos mais variados tipos de contratos celebrados pelos empresários em face das assimetrias informativas existentes, se consubstancia em obrigações de informação prévia, de carácter genérico

<sup>139</sup> LOCHER, Horst, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 143, Beck, München, 1997. Sobre o actual relevo do princípio da transparência, vide RIBEIRO, J. Sousa, *O Princípio da Transparência no Direito Europeu dos Contratos*, 75-100, in: “Direito dos Contratos – Estudos”, Coimbra Editora, 2007.

<sup>140</sup> LUMINOSO, Angelo, *La Contrattazione d'Impresa*, 534, in: AAVV, “Istituzione di Diritto Commerciale”, 527-626, Giappichelli, Torino, 2003.

ou específico (“disclosure of terms”), a respeito dos respectivos sujeitos, termos, conteúdo e efeitos.<sup>141</sup>

#### I.1. Os Contratos Normativamente Empresariais

I. Esta asserção é verdadeira, desde logo, para o núcleo fundamental dos contratos mercantis hodiernos – os contratos normativamente empresariais, ou seja, aqueles contratos que, por força de imposição legal, são necessariamente celebrados por empresas.<sup>142</sup>

II. Estão neste caso os *contratos bancários*: vejam-se assim, por exemplo, para além dos deveres informativos gerais (art. 75.º RGIC), os extensos deveres pré-contratuais relativos aos contratos de crédito – v.g., taxa anual efectiva e taxas representativas (Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de Agosto), arredondamento da taxa dos juros (Decreto-Lei n.º 240/2006, de 22 de Dezembro, n.º 51/2007, de 7 de Março, e n.º 171/2007, de 8 de Maio) – ou aos contratos à distância relativos a serviços financeiros – impostos ao prestador do serviço (designadamente, empresas creditícias e financeiras, empresas de intermediação em valores mobiliários, empresas de seguros e resseguros) em face do consumidor (cliente, segurado, investidor) relativamente a elementos contratuais subjectivos (v.g., identificação do prestador, registo comercial, autoridade de supervisão respectiva), objectivos (v.g., identificação do produto ou serviço financeiro, características essenciais, preço, modalidades de pagamento), negociais (v.g., duração do contrato, direito de resolução, lei aplicável) ou outros (v.g., sistemas de indemnização e de garantia de depósitos) (Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio)<sup>143</sup>. Estão ainda neste caso os *contratos de intermediação*

<sup>141</sup> A proeminência do valor da “informação” no quadro da regulação legal dos contratos mercantis não se esgota naturalmente no âmbito pré-contratual, projectando-se igualmente no contexto *contratual* propriamente dito – pense-se, por exemplo, nos elementos informativos que devem obrigatoriamente constar dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (arts. 5.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril) – e no contexto *pós-contratual* – veja-se, por exemplo, os deveres informativos acessórios nos contratos de viagem organizada (art. 23.º do Decreto-Lei n.º 209/97, de 13 de Agosto).

<sup>142</sup> Sobre a classificação dos contratos comerciais em contratos normativa e naturalmente empresariais, vide *supra* Capítulo I, §3, I.

<sup>143</sup> Este diploma transpôs a Directiva n.º 2002/65/CE, de 23 de Setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, a qual veio concretizar (porventura de modo parcialmente desnecessário) para o caso específico dos bens e serviços financeiros a disciplina da contratação à distância relativa

sobre valores mobiliários: vejam-se assim, por exemplo, os importantes elementos informativos que devem ser obrigatoriamente incluídos pelas empresas de intermediação financeira no âmbito dos respectivos contratos de intermediação (arts. 312.º, 312.º-B, 321.º-A e 322.º do CVM), bem como pelas empresas oferentes no prospecto de ofertas públicas de valores mobiliários (arts. 136.º e segs. do CVM) ou nos anúncios preliminares de ofertas públicas de aquisição (art. 176.º do CVM)<sup>144</sup>. O mesmo se passa com os *contratos de seguro*: vejam-se assim os deveres informativos pré-contratuais previstos para os contratos de seguro, tanto do ramo “vida” como do ramo “não vida”, que incluem uma extensa lista de elementos obrigatórios a prestar pela empresa seguradora aos futuros segurados, tais como a identificação e estatuto legal da empresa, a definição das garantias, a duração do contrato, as modalidades da sua resolução, os tipos e períodos de pagamento do prémio, os valores de resgate, as modalidades de exercício do direito de renúncia, o regime fiscal aplicável, etc. (arts. 179.º e 181.º do RGAS, arts. 2.º a 6.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho)<sup>145</sup>. E obrigações inspiradas por um idêntico desiderato de transparência e informação são hoje crescentemente previstas para os *contratos de transporte*: vejam-se assim, a título de exemplo, as obrigações

aos bens e serviços em geral já contida na Directiva n.º 97/77/CE, de 20 de Maio, acolhida entre nós pelo citado Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril. Cf. ZENOVICH, Vincenzo, *La Tutela del Fruitore di Servizi Finanziari Resi Attraverso Reti Elettroniche*, 239-255, in: Sica, Salvatore/ Stanzione, Pasquale (eds.), “Commercio Elettronico e Categorie Civilistiche”, 117-136, Giuffrè, Milano, 2002.

Para além destes deveres especiais, o art. 312.º do CVM consagra ainda um dever geral de recolha e fornecimento prévios de informação necessária à tomada de decisão por parte dos clientes investidores (v.g., risco dos contratos a realizar, conflitos de interesses, fundos de garantia), que será concretizado nos casos individuais ao abrigo da regra “know your customer”, nos termos da qual a extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente (art. 312.º, n.º 2 do CVM). Sobre a informação jusmobiliária em geral, vide OGANDO, J. Aveliz, *Os Deveres de Informação Permanente no Mercado de Capitais*, in: 64 “Revista da Ordem dos Advogados” (2004), 201-256; PINA, C. Costa, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, 1999.

<sup>144</sup> IHL, Jörg, *Der Informationsschutz des Versicherungsvertragsrechts*, V. Kovac, Hamburg, 2006. Atente-se ainda que, paralelamente a estes deveres informativos pré-contratuais que visam essencialmente a protecção da contraparte (tomador do seguro), existem também outros que almejam a tutela do contraente activo (empresa de seguros): tal o caso do art. 429.º do CCom (cf. GOMES, Júlio, *O Dever de Informação do Tomador de Seguro na Fase Pré-Contratual*, in: AAVV, “IIº Congresso de Direito dos Seguros”, 73-114, Almedina, Coimbra, 2001).

de indicação dos preços e tarifas do transporte aéreo, a que estão sujeitas as empresas aéreas e as empresas de viagens e turismo (Decreto-Lei n.º 173/2007, de 8 de Maio).

III. Idênticos deveres informativos prévios, no mesmo âmbito tipológico, vão sendo ainda consagrados pelo legislador a propósito de determinados contratos mercantis individuais ou avulsos. Sirva aqui de exemplo o *contrato de viagem organizada* (Decreto-Lei n.º 209/97, de 13 de Agosto), o qual, constituindo um contrato normativamente empresarial (isto é, necessariamente celebrado por empresas de viagem e turismo: cf. art. 1.º), obriga o empresário contratante a informar previamente o cliente de uma série de aspectos, incluindo o programa da viagem, as cláusulas a inserir no mesmo, a necessidade de passaporte e vistos (nas deslocações ao estrangeiro), etc. (arts. 18.º e 20.º).

## 1.2. Outros Contratos Comerciais

I. Mas algo de muito semelhante se pode afirmar a respeito dos próprios contratos naturalmente empresariais, ou seja, daqueles contratos que, conquanto não de forma exclusiva ou necessária, são usualmente celebrados por empresários ou possuem o seu terreno de eleição no âmbito da actividade empresarial. À cabeça, tal o caso de numerosos contratos de consumo concluídos entre empresários e consumidores<sup>146</sup>. mencionem-se aqui, apenas a título de exemplo, os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e os contratos celebrados no âmbito do comércio electrónico.

II. São bem conhecidos os deveres de informação prévia nos *contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, incluindo os contratos

<sup>146</sup> Recorde-se, aliás, que, já nos termos gerais do art. 8.º da LDC, os empresários fornecedores de bens ou prestadores de serviços (bem como todos os demais participantes no circuito económico: v.g., produtor, fabricante, importador, distribuidor, embalador, armazenista) estão obrigados, tanto nas negociações como na celebração de um contrato com os consumidores, a informar estes de forma clara, objectiva e adequada, nomeadamente sobre as características, composição e preço do bem ou serviço, sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência pós-venda. Cf. GARCÍA, P. Pérez, *La Información en la Contratación Privada. En Torno al Deber de Informar en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1999.

à distância e os contratos ao domicílio (Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril).<sup>147</sup>

Assim, nos “contratos à distância”, o empresário provedor do bem ou serviço deve colocar à disposição do outro contraente, em tempo útil e previamente à celebração do contrato, um conjunto variado de informações (art. 7.º, n.º 1), que incluem a sua identidade e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço, as características essenciais do bem ou do serviço, o preço do bem ou do serviço (incluindo taxas e impostos), as despesas de entrega (caso existam), as modalidades de pagamento, entrega ou execução, a existência de um direito de resolução do contrato, os custos de utilização da técnica de comunicação a distância (quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base), o prazo de validade da oferta ou proposta contratual, e a duração mínima do contrato, sempre que necessário (no caso de contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica).<sup>148</sup>

Do mesmo modo, nos “contratos ao domicílio” ou equiparados (v.g., celebrados no local de trabalho do consumidor, em reuniões ou deslocamentos promovidas pelo empresário, etc.) incumbe aos empresários fornecedores um dever de identificação completa (art. 15.º), bem como um dever de inclusão de elementos informativos obrigatórios nos suportes publicitários utilizados (v.g., catálogos, revistas, etc.), entre os quais se incluem, para além dos dados identificativos da empresa provedora, a indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato, a indicação do preço total, forma e condições de pagamento (no caso de pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo), a indicação da forma, lugar e prazos de

<sup>147</sup> GARCÍA, G. Botana, *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994; MACRÍ, CARMIÑE, *I Contratti Negoziati Fuori dai Locali Commerciali*, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>148</sup> Sobre os deveres de informação pré-contratuais nos contratos à distância, vide CARVALHO, J. Morais, *Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância*, 83 e segs., in: AAVV, “Direito Privado e Direito Comunitário – Alguns Ensaios”, 13-144, Âncora Editora, Lisboa, 2007, sobre o quadro comunitário precedente e inspirador da regulação portuguesa (Directiva n.º 97/7/CE, de 20 de Maio), vide PINHO, P. Mota, *Princípios Relativos aos Deveres de Informação no Comércio à Distância*, in: 5 “Estudos de Direito do Consumidor” (2003), 183-206.

entrega dos bens ou da prestação dos serviços, o regime de garantia e de assistência pós-venda (quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local para onde o consumidor pode dirigir as suas reclamações), e ainda a informação sobre o direito de resolução que assiste ao consumidor (bem como a indicação do nome e endereço do destinatário desse eventual exercício).

III. Um outro exemplo ilustrativo é dado pelos contratos relativos ao *comércio electrónico* (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)<sup>149</sup>. Com efeito, nos termos do art. 28.º deste diploma, todo o empresário prestador de serviços em rede que celebre contratos electrónicos deve facultar às respectivas potenciais contrapartes, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca sobre um variado naipe de aspectos, incluindo o processo de celebração contratual, o arquivamento ou não do contrato (bem como a respectiva acessibilidade pelo contraente), a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado, os meios técnicos disponibilizados para a identificação e correcção de erros de digitação da ordem de encomenda, os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar, bem como os códigos de conduta de que o empresário em linha seja subscritor.

IV. Esclareça-se, entretanto, não poderem subsistir dúvidas sobre o carácter “naturalmente empresarial” dos referidos contratos, cujo sujeito activo é constituído em regra (embora não sempre ou necessariamente) por um empresário.

É verdade que a lei não elevou expressamente a empresa a elemento constitutivo do próprio tipo legal, preferindo falar genericamente em “fornecedores de bens ou serviços” (art. 1.º, n.º 3, b) do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril) ou de “prestadores de serviços em rede” (art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro). Todavia, mostra a experiência que nos encontramos perante contratos que são, na esmagadora maioria dos casos, celebrados entre empresários e consumidores – circunstância esta que, de resto, transparece inequivocamente da própria disciplina legal. Assim, relativamente aos contratos

<sup>149</sup> GIL-DELGADO, M. Corripio, *Los Contratos Informáticos. El Deber de Información Precontratual*, Comillas, Madrid, 1991; Musio, Ivana, *Obblighi di Informazione nel Commercio Elettronico*, in: Sica, Salvatore/ Stanzione, Pasquale (eds.), *Commercio Elettronico e Categorie Civilistiche*, 117-136, Giuffrè, Milano, 2002.

celebrados “fora do estabelecimento comercial” – cuja designação logo inculca tratar-se de contratos próprios de empresas cuja particularidade reside em serem concluídos fora da sede da empresa ou das suas divisões –, o legislador por diversas vezes se refere às “empresas fornecedoras” (arts. 15.º, n.ºs 1 e 3, 16.º, n.º 1, b), 22.º, n.º 2, a) e b), 36.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), além de explicitamente erigir como finalidade da regulação, lado a lado com a protecção dos consumidores, a “transparência das práticas comerciais” (art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril)<sup>150</sup>. E algo de semelhante se poderá dizer a respeito dos contratos relativos ao comércio electrónico, onde, para além de algumas referências similares a “empresas prestadoras de serviços” (v.g., art. 38.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro), é entendimento doutrinário dominante que os sujeitos activos de tais contratos, mormente em virtude da exigência expressa da natureza económica da actividade desenvolvida (art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro), serão usualmente empresas.<sup>151</sup>

V. Finalmente, idênticos deveres de informação pré-contratuais vão sendo hoje objecto de crescente aceitação e construção, por via doutrinária ou jurisprudencial, a respeito de diversos *contratos mercantis individuais*, inclusivamente atípicos: tal o caso do contrato de franquia

<sup>150</sup> Trata-se também da opinião dominante na doutrina nacional e estrangeira. Entre nós, vide CUNHA, Carolina, *Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulação Jurídica e Protecção do Consumidor*, in: AAVV, “Direito Industrial”, vol. IV, 255-330, Almedina, Coimbra, 2005. Noutros quadrantes, vide VICENZO BUONOCORE: “A lei sobre contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (“contratti stipulati fuori dei locali commerciali”) aplica-se a todos os contratos entre um empresário e um consumidor, concluídos fora da sede da empresa tendo por objecto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços” (*Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 85, Giuffrè, Milano, 2000); VICENTE CHULIÁ: “Os contratos celebrados fora do estabelecimento são contratos celebrados entre um empresário e um consumidor fora do estabelecimento mercantil do empresário, directamente por este ou por terceiro que actue por sua conta” (*Introducción al Derecho Mercantil*, 785, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004).

<sup>151</sup> PIZARRO, S. Nóbrega, *Comércio Electrónico – Contratos Electrónicos e Informáticos*, 73, Almedina, Coimbra, 2005; TUPAN, S. Christoffoli, *Alguns Aspectos Jurídicos do Comércio Electrónico entre Empresas*, 58 e segs., Diss., Porto, 2004.

(“franchising”)<sup>152</sup> e do contrato de compra e venda de empresa (“Unternehmenskauf”)<sup>153</sup>, entre outros.

## 2. Os Deveres Publicitários

I. No universo da moderna contratação mercantil, a publicidade transformou-se num instrumento fundamental através do qual os empresários procedem à divulgação promocional das respectivas empresas, produtos e serviços. De facto, no contexto de uma economia caracterizada por uma concorrência feroz e uma massificação e internacionalização do consumo, a “*publicidade comercial*” representa hoje a primeira e incontornável fase do “iter” formativo dos contratos comerciais.<sup>154</sup>

II. Ora, a relevância económico-fáctica da publicidade no quadro da actividade empresarial, mormente de natureza negocial, teve também importantes repercussões na disciplina legal da formação dos contratos comerciais, a dois níveis fundamentais: positivamente, através da *integração publicitária do contrato*; negativamente, através da *proibição da publicidade enganosa*.

### 2.1. A Integração Publicitária do Contrato

I. Os contratos celebrados pelos empresários são quase sempre precedidos de mensagens publicitárias através das quais aqueles procuram justamente captar as preferências dos seus potenciais clientes. Neste contexto publicitário em que germina e se desenvolve a contratação mercantil em massa dos nossos dias, tornou-se assim inevitável que as decisões de celebração contratual por parte dos consumidores sejam tomadas frequentemente, senão quando exclusivamente, com base nos conteúdos veiculados nessas mensagens publicitárias dos produtos ou serviços em causa – podendo até dizer-se, num certo sentido, que tais

<sup>152</sup> Sobre o problema da informação pré-contratual nos contratos de franquia, vide RIBEIRO, M. Fátima, *O Contrato de Franquia*, 64 e seg., Almedina, Coimbra, 2001. A questão recebeu mesmo foros de lei em certas ordens jurídicas estrangeiras: vide PERIS, J. Ruiz, *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Navarra, Aranzadi, 2000.

<sup>153</sup> VÖLKER, Gregor, *Vorvertragliche Pflichten und Gefahrtragung beim Unternehmenskauf*, WF Verlag, München, 2003.

<sup>154</sup> Sobre a publicidade mercantil privada, vide desenvolvidamente ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em publicação.

contratos são como que “pré-celebrados” através da publicidade<sup>155</sup>. Ora, se assim é, tanto mais que nem sempre será fácil destringer entre o conteúdo informativo (objectivo) e promocional (persuasivo) dessas mensagens, impõe-se responsabilizar os empresários pelas informações e qualidades divulgadas através da publicidade: falamos da chamada *integração publicitária contratual*, que visa designar a inserção ou incorporação imperativa nos contratos comerciais das informações constantes de mensagens publicitárias.

II. A vinculatividade e a eficácia jurídico-contratual das declarações publicitárias, que conflita frontalmente com a teoria clássica do valor contratual das declarações negociais (“caveat emptor”), *encontram-se hoje expressamente acolhidas no direito português*.<sup>156, 157</sup>

Assim, nos termos do art. 7.º, n.º 5 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (“Lei de Defesa do Consumidor” ou abreviadamente LDC), “as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito, consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se como não escritas as cláusulas em sentido contrário”<sup>158</sup>. E o art. 2.º,

<sup>155</sup> Como sublinha Michael LEHMANN, na prática os bens e serviços são como que “pré-comprados” (“Vorverkauf”) pelos consumidores através da publicidade (*Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeanzeigen beim Verbrauchsgüterkauf*, 287, in: 55 “Juristenzeitung” (2000), 280-293).

<sup>156</sup> Sobre a temática, inaugurada com a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio, vide, entre nós, ALMEIDA, C. Ferreira, *Relevância Contratual das Mensagens Publicitárias*, in: 6 “Revista Portuguesa do Direito do Consumo” (1996), 9-25; PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331. Noutros quadrantes, vide também GALÁN, J. Font, *La Integración Publicitaria del Contrato. Un Instrumento de Derecho Privado contra la Publicidad Enganosa*, in: IV “Cuadernos de Derecho y Comercio” (1988), 7-48; LEHMANN, Michael, *Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeanzeigen beim Verbrauchsgüterkauf*, in: 55 “Juristenzeitung” (2000), 280-293; LÓPEZ, M. Marín, *El Carácter Vinculante de las Declaraciones Públicas en la Venta de Bienes de Consumo*, in: 7 “Estudios de Derecho del Consumidor” (2005), 211-243.

<sup>157</sup> O “Anteprojecto do Código do Consumidor” contém também disposições sobre a inserção e eficácia contratual das mensagens publicitárias (art. 185.º). Para um confronto entre o direito actual e tais disposições, vide PINTO, P. Mota, *O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo*, 274 e seg., in: 7 “Estudos de Direito do Consumidor” (2005), 263-278.

<sup>158</sup> Um princípio algo semelhante afluía já, antes desta disposição, no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, onde se sujeitavam expressamente ao con-

n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (garantias na venda de bens de consumo), estabelece uma presunção de incumprimento contratual no caso de os bens entregues ao comprador “não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não serem conformes as qualidades que o vendedor tinha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo” (alínea a)) ou “não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade e na rotulagem” (alínea d)).<sup>159</sup>

## 2.2. A Proibição da Publicidade Enganosa

I. Embora não correspondendo “summo rigore” a qualquer garantia ou dever pré-contratual positivo, merece ainda referência, pela sua afinidade teleológica, a proibição genérica da *publicidade enganosa*: com efeito, o legislador português veio igualmente considerar vedada “toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico, ou possa prejudicar um concorrente” (art. 11.º, n.º 1 do CP).<sup>160</sup>

II. Esta proibição complementa e encerra assim o relevo jurídico do contexto publicitário no âmbito da contratação mercantil em massa:

trolo legal todas as cláusulas contratuais gerais “independentemente da forma da sua comunicação ao público”.

<sup>159</sup> Sobre estas presunções legais de não conformidade, vide PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, 235 e segs., in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331; LEITÃO, L. Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 47 e segs., in: AAVV, “Estudos do Instituto de Direito do Consumo”, vol. II, 37-73, Almedina, Coimbra, 2005; SILVA, J. Calvão, *Venda de Bens de Consumo. Comentário – Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril – Directiva n.º 1999/44/CE*, Almedina, Coimbra, 2003.

<sup>160</sup> Esta figura, que já se encontrava prevista em termos mais restritos no Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de Junho, aparece definida de forma similar no art. 2.º da Directiva n.º 84/450/CEE, de 10 de Setembro. Sobre ela, vide entre nós ALMEIDA, J. Moitinho, *A Publicidade Enganosa*, Arcádia, Lisboa, 1974.

no âmbito dos contratos celebrados com consumidores, os empresários, além de (positivamente) ficarem vinculados pelas suas declarações publicitárias, estão ainda obrigados (negativamente) a observar um princípio de verdade e clareza relativamente aos conteúdos dessas mesmas declarações (“maxime”, as características dos bens ou serviços publicitados, os respectivos preço e condições de fornecimento, bem como os direitos, deveres e garantias dos adquirentes), por forma a não induzir em erro as potenciais contrapartes desses contratos<sup>161</sup>. A infracção desse “*dever negativo*” é fonte de sanções contra-ordenacionais para os empresários infractores (art. 34.º, n.º 1, a) do CP), sem prejuízo de várias outras importantes consequências laterais (v.g., o “Instituto do Consumidor” poderá exigir aos empresários que apresentem provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade, presumindo-se que tais dados são inexactos se aqueles não apresentarem as provas pedidas ou estas forem consideradas insuficientes: cf. arts. 11.º, n.ºs 4 e 5, 38.º do CP) ou acessórias (v.g., ordenação de medidas cautelares, obrigação de publicidade “correctora” a expensas dos empresários infractores: cf. art. 41.º do CP).

<sup>161</sup> Saliente-se ainda que tal proibição, para além da protecção dos interesses das contrapartes contratuais dos empresários (consumidores), visa igualmente a tutela jurídica dos interesses das demais empresas concorrentes dos empresários: cf. SERENS, M. Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) Concorrentes?*, in: AAVV, “Comunicação e Defesa do Consumidor”, 229-256, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 1996.

### III A Formação dos Contratos Comerciais

#### §1. Generalidades

I. *O modelo clássico da formação do contrato*, herdado do séc. XIX<sup>162</sup>, assenta em duas premissas fundamentais. Por um lado, os sujeitos jurídicos são inteiramente livres na sua decisão de celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração contratual: “Abschlussfreiheit”) e de fixar os termos do respectivo conteúdo (liberdade de estatuição: “Inhaltsfreiheit”). Por outro lado, no uso desta liberdade contratual, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais nascem e formam-se através do encontro entre duas declarações de vontade distintas e sequenciais (proposta contratual e respectiva aceitação: “Konsensprinzip”).<sup>163</sup>

II. Este modelo clássico estereotipado — cuja fictividade e limitações, de resto, têm sido sublinhadas pela doutrina em via geral<sup>164</sup> — não encontra uma plena correspondência na prática contratual do Direito Comercial moderno.

Na verdade, se bem que não colocando em causa o princípio geral da *liberdade contratual*, a contratação mercantil veio introduzir-lhe

<sup>162</sup> A construção jurídica do contrato como o produto do livre encontro de vontades, consubstanciadas numa proposta e na correspondente aceitação, era desconhecida no direito romano (cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 563 e segs., Juta/ Beck, Cape Town/ München, 1992), tendo sido apenas desenvolvida na Europa a partir dos finais do séc. XVIII (KÖTZ, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, 24, Mohr, Tübingen, 1996).

<sup>163</sup> Sobre a formação dos contratos em geral, vide, entre nós, TELLES, I. Galvão, *Formação do Contrato*, in: VI “Colectânea de Jurisprudência” (1981), III, 5-14; HORSTER, H. Ewald, *Sobre a Formação do Contrato Segundo os Arts. 217.º e 218.º, 224.º a 226.º e 228.º a 235.º do Código Civil*, in: IX “Revista de Direito e Economia” (1983), 121-157. Outras latitudes jurídicas, vide FURMISTON, Michael/ POOLE, Jill, *Contract Formation – Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 2007; GALLEGO, E. Martínez, *La Formación del Contrato a Través de la Oferta y Aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000; GHESTIN, Jacques, *La Formation du Contrat*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris, 1993; SCHLESINGER, Rudolf, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 volumes, Oceana/ Steven & Sons, New York/ London, 1968.

<sup>164</sup> ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. I (“Conceito – Fontes – Formação”), 81 e segs., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.